Die

Vollstreckbarkeit nach Reichscivilprozessrecht.

Inaugural-Dissertation

der hohen

Juristen-Fakultät in Tübingen

zur Erlangung

der

Doktorwürde

vorgelegt von

Johann Georg Gmelin,
Landrichter in Tübingen.

Freiburg i. B.
C. A. Wagner's Universitäts-Buchdruckerei
1898.

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit ist der Praxis entsprungen. Zuerst behandelte der Verfasser die in den Anhängen I und II (unten S. 77ff.) behandelten Fragen in Aufsätzen, die in den Jahrbüchern für die Württembergische Rechtspflege (Tübingen, Laupp) in Band 3 S. 233ff. (1891) und Bd. 5 S. 227ff. (1893) abgedruckt sind. Die allgemeinen Grundsätze, worauf die beiden Spezialfragen den Verfasser führten, sind in den §§ 1—8 der vorliegenden Abhandlung verwertet und weiter ausgestaltet, während der übrige Inhalt der früheren Veröffentlichungen in den Anhängen ohne wesentliche Aenderung wiedergegeben ist.

Verfasser begnügt sich mit der Hoffnung, zu der weitern Ausbildung der Lehre von der Vollstreckbarkeit einen Beitrag geliefert zu haben, von dessen Ergänzungsbedürftigkeit er sich nur zu wol bewusst ist. —

Einige Bemerkungen über die z. Zt. dem Reichstag vorliegende Civilprozessnovelle mussten, da der Entwurf erst nach Fertigstellung des Manuskripts erschienen ist, in die Form von Zusätzen gebracht werden (S. 102ff.).

Tübingen, Februar 1898.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

		Seite
	Einleitung	1
§ 1.	Zwangsvollstreckung	2— 10
§ 2.	Verhältnis von Vollstreckung und Zwangsvollstreckung	10— 11
§ 3.	Vollstreckbarkeit (im allgemeinen) und vorläufige Vollstreckbarkeit	11— 23
§ 4.	Formelle Vollstreckbarkeit	23— 28
§ 5.	Materielle Vollstreckbarkeit (Vollstreckungsfähigkeit und Vollstreckungsanspruch)	28— 36
§ 6.	Verhältnis des Vollstreckungsanspruchs zum materiellen Anspruch. — Verhältnis zwischen formeller und materieller Vollstreckbarkeit	36— 42
§ 7.	Das Leistungsurteil als das vollstreckbare Urteil. — Die Urteile aus § 774 Abs. 2 und § 779	43— 60
§ 8.	Das Vollstreckungsurteil	60— 75
	Schlussbetrachtung	75— 76
	Anhang I. Findet § 300 Ziff. 3 der C.P.O. auf den Antrag, das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, Anwendung?	77— 88
	Anhang II. Ueber die vorläufige Vollstreckbarkeit der in Endurteilen enthaltenen Kostenentscheidung	89—101
	Zusätze betreffend die Civilprozessnovelle von 1897	102—105

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552301_0035

Verzeichnis der Abkürzungen.

Arch. f. d. civ. Pr. = Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von Professoren der Tübinger Juristen-Fakultät.

von Bar, Theorie und Praxis = Theorie und Praxis des internationalen Privat- und Strafrechts von L. von Bar, 2. Aufl., 1889.

von Bar, Lehrbuch = Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts. Stuttgart, Enke, 1892.

Böhm's Zeitschrift = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, herausgegeben von Böhm.

David = Die vollstreckbaren Urkunden der Civilprozessordnung. Bonner Inauguraldissertation von Alfons David 1893.

Degenkolb = Einlassungszwang und Urteilsnorm von Dr. H. Degenkolb. Leipzig 1877.

Dernburg, Pr. Priv.R. = Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, von Dr. H. Dernburg, 5. Aufl., 1894.

Dernburg, Pand. = desselben Pandekten, 5. Aufl.

Fitting = Lehrbuch des Reichscivilprozesses, 1893, 8. Aufl.

Forkel = Die vorläufige Vollstreckbarkeit in der deutschen Civilprozessordnung von Dr. Otto Forkel. Wildenfels 1895.

Förster-Eccius = Preussisches Privatrecht von Dr. F. Förster, bearbeitet von Dr. Eccius, 7. Aufl., 1896.

Francke = W. Francke in Z. f. C.P. Bd. 8 S. 1 ff.

Hahn I = Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung, 1. Abteilung, herausgegeben von C. Hahn. Berlin 1880.

Heidecker = dessen Abhandlung in Z. f. C.P. Bd. 18 S. 453 ff. (1893).

Hommel = Ueber materiellrechtliche Einwendungen gegen die Vollstreckung von Urteilen. Würzburger Inauguraldissertation von M. Hommel, 1892.

Kipp = Theodor Kipp, Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen, aus: Festgabe der Kieler Juristenfakultät zu Rudolph von Ihering's 50jährigem Doktor-Jubiläum. Kiel und Leipzig 1892.

Kohler, Ges. Beitr. = Dr. J. Kohler, Gesammelte Beiträge zum Civilprozess. Berlin 1894.

Kohler, Proz. als R.V. = dessen Schrift: Der Prozess als Rechtsverhältnis. Mannheim 1888.

Kohler, Prozessr. Forsch. = desselben: Prozessrechtliche Forschungen. Berlin 1889.

Laband I, II = Staatsrecht des Deutschen Reichs, 3. Aufl.

Laband, Kl. St.R. — Staatsrecht des Deutschen Reichs, in Marquardsen's Handbuch Bd. II, 1. Halbband.

Planck = Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts von J. W. Planck. München 1896.

Richard = dessen Abhandlung in Böhm's Zeitschrift Bd. 3 S. 10 ff.

Schultze = Die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen den Rechtsnachfolger von Dr. Alfred Schultze. Breslau 1891.

Wach I = Handbuch des deutschen Civilprozessrechts von Dr. A. Wach, Bd. I.

Wach, F.A. = desselben Feststellungsanspruch. Leipzig 1889.

Wach, Vortr. = Vorträge über die Civilprozessordnung, 2. Aufl., 1896.

Weismann, F.Kl. = Dr. Jakob Weismann: Die Feststellungsklage, 1879.

Weismann, H.I. = desselben Hauptintervention und Streitgenossenschaft, 1884.

Wetzell, C.P. = System des ordentlichen Civilprozesses von Dr. G. W. Wetzel, 3. Aufl., 1878.

Z. f. C.P. = Vierhaus und Schultzenstein (früher Busch), Zeitschrift für deutschen Civilprozess. —

Die Entscheidungen des Reichsgerichts sind nach der Sammlung der Entscheidungen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs, citiert. —

Die Kommentare zur Civilprozessordnung sind nach folgenden Auflagen angeführt:

Gaupp, 3. Aufl., soweit bis jetzt erschienen (bis § 863), im übrigen nach der 2. Aufl.;

Reincke, 3. Aufl.;

Struckmann-Koch, 6. Aufl.;

Wilmowski-Levy, 7. Aufl.;

Seuffert, 5. Aufl. —

Wo Paragraphen ohne weitere Anführung citiert sind, sind die Paragraphen der Civilprozessordnung gemeint.

Einleitung.

Der Begriff der Vollstreckbarkeit liegt, ohne dass er in der Civilprozessordnung geregelt wäre, verschiedenen Bestimmungen dieses Gesetzes zu Grunde, so namentlich denjenigen über die vollstreckbaren Urkunden, die vollstreckbaren Urteile, die vorläufige Vollstreckbarkeit, und nach der hier vertretenen Ansicht auch denjenigen über das Vollstreckungsurteil. Da sprachlich Vollstreckbarkeit auf Vollstreckung oder Zwangsvollstreckung zurückführt, so soll zunächst (§ 1) der Begriff der Zwangsvollstreckung näher bestimmt, sodann (§ 2) erläutert werden, ob Vollstreckung und Zwangsvollstreckung identische Begriffe sind. Im Zusammenhang mit dieser Frage wird sodann (§ 3) das Verhältnis der Vollstreckbarkeit und der vorläufigen Vollstreckbarkeit zur Zwangsvollstreckung näher bestimmt und im Anschluss hieran die Vollstreckbarkeit in ihrer formellen und materiellen Richtung (§§ 4—6) erläutert werden. Dies führt von selbst zu einer Betrachtung des wichtigsten vollstreckbaren Titels, nämlich des Endurteils, und wird hier (in § 7) zu zeigen versucht, wie für die auch praktisch bedeutsame Scheidung der Leistungsurteile von den sonstigen Endurteilen der Begriff der Vollstreckbarkeit zu verwerten ist. Endlich wird im Schlussparagraphen (§ 8) für die Vollstreckungsurteile nach § 661 und § 868 C.P.O. die Vollstreckbarkeit als notwendiges Fundament dargethan werden.

§ 1.

Zwangsvollstreckung.

Der Begriff der Zwangsvollstreckung wird in zahlreichen Darstellungen des Prozessverfahrens[1], wie im 8. Buch der Civilprozessordnung selbst, als bekannt vorausgesetzt. Auch von den Kommentaren zur Civilprozessordnung enthalten sich die meisten einer Definition.

Nach Planck[2] ist Zwangsvollstreckung die Anwendung staatlichen Zwangs, um dem Sieger das ihm im Urteil Zuerkannte thatsächlich zu verschaffen.

Reincke sagt[3]: im 8. Buch (der Civilprozessordnung) ist dasjenige Verfahren geregelt, welches die Durchführung von Rechtssprüchen nötigenfalls im Weg des Zwangs unter Hilfe des Staates bezweckt, und bemerkt weiterhin[4]: die Zwangsvollstreckung setze sich im ganzen aus solchen Rechtshandlungen zusammen, welche von Seiten der Gerichte und der Gerichtsbeamten auf einseitigen Antrag der Partei ohne ein förmliches Prozessverfahren bewirkt werden. Ein Urteil des Reichsgerichts vom 10. Februar 1894[5] äussert gelegentlich: nach Wort und Begriff sei Zwangsvollstreckung das in Anwendung von Zwangsmitteln bestehende besondere Verfahren, wodurch der Richterspruch gegen den Willen der ungehorsamen Partei durchgesetzt werden solle.

Im allgemeinen[6] scheinen hienach erhebliche Kontroversen

---

[1] Z. B. bei Falkmann, Die Zwangsvollstreckung, Berlin 1885; ebenso bei Fitting, §§ 90 ff.; Wach, Vorträge, 2. Aufl., S. 298 ff.

[2] Bd. II § 164 zu Anfang.

[3] Vorbem. I zum 8. Buch S. 647.

[4] Vorbem. II a. E. das.

[5] Entsch. Bd. 32 S. 423.

[6] S. auch noch Hellmann, Lehrbuch § 123.

über den Begriff der Zwangsvollstreckung nicht zu Tage getreten zu sein, so dass folgendes als unbestritten gelten kann:

Die Zwangsvollstreckung wird, als unmittelbare zwangsweise Veränderung des Zustands[1], da erforderlich, wo die dem Inhalt des Vollstreckungstitels entsprechende thatsächliche Sachlage beim Widerstreben des Verpflichteten nicht anders als im Zwangsweg hergestellt werden kann. Sie tritt demgemäss ihrer Bestimmung nach dann ein, wenn der Verpflichtete die in dem Vollstreckungstitel bezeichnete, konkrete Pflicht, in bestimmter Weise zu handeln[2] oder nicht zu handeln[3], nicht erfüllt[4].

Die Zwangsvollstreckung erscheint in der Regel[5] als ein Teil des im Prozess sich vollziehenden Rechtsgangs[6]. Sie ist daher durch die Reichscivilprozessordnung geordnet als Teil der ordentlichen, streitigen, somit der reichsgesetzlichen Regelung vorbehaltenen[7] Gerichtsbarkeit und vollzieht sich aus diesem Grund in den durch die reichsrechtliche (oder vom Reich delegierte landesrechtliche[8]) Gesetzgebung bestimmten Formen.

Entsprechend den allgemeinen civilprozessualen Regeln findet sie nicht von amtswegen statt, sondern nur auf Anrufen der berechtigten Partei; ihre thatsächliche Durchführung aber ist nicht der Partei überlassen, sondern ausschliesslich in die Hände der staatlich hiezu bestellten Behörden gelegt[9]. Die Grundlage der Zwangsvollstreckung bildet in allen Fällen ein „vollstreckbarer Titel".

---

[1] Wach I S. 12.

[2] Auch die Abgabe einer Willenserklärung fällt unter den Begriff „Handlung". — Inwieweit bei dem auf Abgabe einer Willenserklärung gerichteten Urteile nach § 779 C.P.O. eine Zwangsvollstreckung thatsächlich stattfindet, darüber s. unten S. 44 ff.

[3] Das passive Verhalten kann bestehen in Duldung oder Unterlassung.

[4] Die berechtigte Zwangsvollstreckung findet daher ihr Gegenstück in der rechtswidrigen Nötigung, soweit diese durch Gewalt erfolgt: § 240 Str.G.B. (vgl. Weismann, Hauptintervention S. 41 Anm. 3).

[5] Nicht notwendig: denn sie schliesst sich nicht nur an das Urteil, sondern auch an die vollstreckbare Urkunde an. Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis S. 113.

[6] Wach § 3 Ziff. II 3 S. 32 ff.

[7] § 2 E.G. zu G.V.G.; §§ 12, 13 G.V.G.; § 13 Abs. 1 E.G. zu C.P.O.

[8] § 757 C.P.O.; in Zukunft: Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 (R.G.Bl. S. 97).

[9] Der Vollstreckungszwang ist Staatszwang; Weismann, H.I. S. 41, 44.

Zur Unterscheidung von der sog. administrativen Vollstreckung[1] wird die durch die Prozessgesetze geregelte Zwangsvollstreckung im § 706 C.P.O. „gerichtliche Zwangsvollstreckung" genannt.

Zwangsvollstreckung im Sinn der Civilprozessordnung ist somit dasjenige, zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit gehörige und in den für dieses Verfahren vorgeschriebenen Formen sich vollziehende Handeln der staatlichen Vollstreckungsorgane, welches auf Antrag des Berechtigten erfolgt behufs Verwirklichung der in einem vollstreckbaren Titel festgesetzten Leistung (Handlung, Duldung oder Unterlassung) im Weg unmittelbaren Zwangseingriffs in das Vermögen, den Willen oder die Freiheit des Verpflichteten.

Die Zwangsmittel nach der Civilprozessordnung lassen sich folgendermassen zusammenfassend charakterisieren. Es kommt vor:

a) Befriedigung des Gläubigers durch Wegnahme der konkreten herauszugebenden Sache, oder einer entsprechenden Menge von gleichartigen Fungibilien (insbesondere von Geld) im Weg der Pfändung von beweglichen Gegenständen oder Forderungen, oder durch Zwangsvollstreckung in Immobilien (hier: Dejektion des Schuldners nach § 771 Abs. 1, oder Zwangsverkauf bezw. Zwangsverwaltung);

b) Einwirkung auf den Willen des Schuldners durch Strafe behufs Erwirkung der für den Schuldner individuellen Leistung, Duldung oder Unterlassung, direkte Erzwingung der Duldung nach § 777;

c) Herstellung der nicht individuellen Leistung durch den Gläubiger oder einen von diesem beauftragten Dritten auf Kosten des Schuldners[2];

d) Nötigung zur eidlichen Offenbarung von Befriedigungs-

---

[1] Wilmowski-Levy, Vorbem. zum 1. Abschn. des 8. Buchs zu Anf.

[2] Der geübte Zwang liegt bei dieser Vollstreckungsform eventuell in der Beitreibung des vom Schuldner nach § 773 Abs. 2 vorschussweise zu leistenden Kostenbetrags, oder auch in der Beseitigung seines körperlichen Widerstands gegen die Durchführung der erforderlichen Massnahmen (§ 777). — In der Form des § 773 wird auch die nach § 13 Abs. 4 R.G. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 vorgesehene Befugnis der Veröffentlichung eines dem Kläger günstigen Civilurteils zu realisieren sein.

mitteln bei Vermeidung der Haft und eventuell Vollziehung dieser letzteren bis zur Erfüllung der Manifestationspflicht, oder Erschöpfung der Zwangsmittel;

e) Personalarrest nach § 798;

f) die dem Ermessen des Gerichts überlassenen Anordnungen im Fall einer einstweiligen Verfügung, insbesondere Sequestration u. s. f. (§ 817).

Obwohl also die Zwangsvollstreckung stets die Erfüllung des Leistungsanspruchs, in dessen Dienst sie steht, bezweckt[1], so ergiebt sich doch aus obiger Zusammenstellung, dass, den Fall der Duldung der Vornahme einer Handlung ausgenommen (§ 777), die Zwangsvollstreckung selbst niemals die in dem vollstreckbaren Titel bezeichnete Leistung (einschliesslich der Erfüllung und Zahlung) oder Unterlassung des Schuldners erzwingt[2]. An Stelle der schuldnerischen Erfüllungs-Handlung tritt entweder die Befriedigung des Gläubigers durch die unter a und c genannten Zwangsmassregeln oder aber wird — soweit nicht schon die Androhung des Zwangs sich als wirksam erweist — durch Strafe, oder durch Freiheitsentziehung (oben Ziff. b, d, e) auf den Willen des Schuldners dahin eingewirkt, dass dieser, behufs Befriedigung des klägerischen Anspruchs, ausserhalb des Vollstreckungsverfahrens seinerseits thätig werde[3]. Die Rolle des Schuldners, soweit er der Zwangsvollstreckung anheimfällt, besteht aber in allen Fällen lediglich in der Duldung der Vollstreckung.

Insoweit hienach die Civilprozessordnung ohne Rücksicht darauf, ob die primäre schuldnerische Pflicht positiven oder negativen

---

[1] Weismann, H.I. S. 41 Ziff. 2, S. 47 Anm. 14.

[2] das. § 12 Anm. 5, 6, 8, 14; Gaupp, Bem. I zu § 775. — Sofern übrigens auch bei der Duldung nicht das widerspruchslose Zulassen, sondern die Unterlassung des Widerstands erzwungen wird, könnte schliesslich auch in diesem Fall gesagt werden, dass nicht dasjenige, wozu der Schuldner verpflichtet ist, sondern nur ein Zustand zwangsweise hergestellt wird, welcher seinem äusserlichen Erfolg nach dem Inhalt der Verpflichtung entspricht. (Wegen des Verfahrens in diesem Fall vgl. Württemb. Dienstanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 23. September 1879 § 41 No. 6, § 99.) — Dass „Duldung“ in „Unterlassung“ aufgelöst werden kann, ist wohl der Grund dafür, dass in § 194 B.G.B. die Duldung nicht als Gegenstand des Anspruchs genannt ist. Denn dass das Gesetz auch Ansprüche auf Duldung kennt, folgt aus der Vergleichung von § 924 mit § 917 Abs. 1, wonach der „Anspruch“ auf Duldung eines Notwegs der Verjährung nicht unterliegt.

[3] vgl. E. d. R.G. Bd. 38, S. 424 ff.

Inhalts ist, dem Gläubiger Rechtsbehelfe zur Herbeiführung des der Pflicht entsprechenden Erfolges giebt, anerkennt sie implicite auch die Gleichartigkeit des der Zwangsvollstreckung zu Grunde liegenden Anspruchs[1]. Uebrigens finden sich doch ausnahmsweise Fälle der direkten Verwirklichung einer civilrechtlichen Verpflichtung zum Handeln, z. B. in der R.G.O. § 130 (§ 127 d, vgl. dazu auch § 91 b, Abs. 5 der Novelle vom 26. Juli 1897; R.G.Bl. S. 663 ff.); Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872, § 29; Preuss. Gesindeordnung vom 8. November 1810, §§ 51, 167[2].

Schon hier ist zu bemerken, dass eine Einwirkung auf den Willen der Partei mittels der ihr auferlegten Duldung der Urteilswirkung (der res judicata) sich bei jedem Urteil, auch bei dem nur eine nicht zur Vollstreckung geeignete Feststellung enthaltenden, findet. Das Eigentümliche der Zwangsvollstreckung gegenüber dieser aus dem Urteil als solchem resultierenden Einwirkung auf den widerstrebenden Willen des davon Betroffenen, ist zu finden in der ausserhalb des Urteils liegenden, an dieses sich anschliessenden Bethätigung der Staatsgewalt behufs Herstellung der im Urteil getroffenen Anordnung mittels der eigentümlichen Zwangsvollstreckungsmittel. Diese Seite der Zwangsvollstreckung wird in unserer Definition dadurch zu kennzeichnen versucht, dass ein unmittelbarer Zwangseingriff in das Vermögen oder den Willen der der Zwangsvollstreckung unterliegenden Partei als eigentümliches Merkmal hervorgehoben ist. Konsequenzen hievon werden im Verlauf der Abhandlung zur Sprache kommen.

Ist nun die hier gegebene Abgrenzung des Begriffs der Zwangsvollstreckung zutreffend, so folgt daraus von selbst — und dies wird wohl keinem Widerspruch begegnen —, dass von der Zwangsvollstreckung auszuscheiden ist die ganze Reihe der Folgeerscheinungen, welche sich aus dem Urteil ergeben, ohne dass sie sich als unmittelbare Verwirklichung des Urteilsinhalts in

---

[1] So mit Recht: Weismann, Feststellungsklage S. 133, H.I. S. 43 Anm. 6, welcher der öfters auftauchenden Ansicht, die Klagen auf Unterlassung seien Feststellungsklagen (Fischer, Recht und Rechtsschutz in Bekker und Fischer's Beiträgen zur Erläuterung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Heft 6 S. 80 ff.; Schultze S. 6 Anm. 6) entgegentritt (vgl. hiezu noch unten in § 7).

[2] Letztere beiden Citate nach Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 774.

den Formen des civilprozessualen Zwangs darstellen würden, wie z. B. die Geltendmachung von sog. Konsequenzansprüchen nach § 778 C.P.O. und ferner im allgemeinen die sämtlichen durch ein richterliches Urteil angeregten Akte der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit, auch in Fällen, wo, wie im Entmündigungsverfahren, über Gegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine gerichtliche Entscheidung ergangen ist. Denn die hieran sich anschliessende Thätigkeit der Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit trägt keines der oben erwähnten Merkmale der Zwangsvollstreckung an sich: soweit die letzgenannten Behörden von den Entscheidungen der Gerichte Kenntnis erhalten, sind sie berechtigt und verpflichtet, auch von amtswegen ihre Thätigkeit zu entfalten, und letztere regelt sich nicht nach den Vorschriften der Civilprozessordnung, sondern nach den besondern, für diese Behörden aufgestellten, meist landesgesetzlichen Vorschriften[1]. Auch entbehrt, wenigstens für die Regel, das Vorgehen dieser Behörden des Moments der Zwangsausübung.

Hier wären insbesondere anzuführen: die im Verfolg richterlicher Entscheidungen von amtswegen oder auf Antrag zu vollziehenden Einträge in die öffentlichen Bücher und Register (Handels-, Genossenschafts-, Standesregister, Grund- und Hypothekenbücher, Patent- und Zeichenrolle, Konkurstabelle), die Einleitung oder Wiederaufhebung der Vormundschaft bei gerichtlich Entmündigten u. s. w. In letzterer Richtung darf darauf verwiesen werden, dass die Civilprozessordnung sich des Ausdrucks „Vollstreckung“ hinsichtlich der im Entmündigungsverfahren ergehenden Urteile und Beschlüsse enthält, vielmehr ganz korrekt nur den Zeitpunkt ihrer „Wirksamkeit“ bestimmt[2]. Besonders bemerkenswert erscheint uns hiebei, dass die Motive zu § 577 des Entwurfs[3], wonach das die Entmündigung aussprechende Endurteil zur sofortigen Entziehung der Handlungsfähigkeit führen sollte, zwar auf die Ausführung dieses Urteils durch die Vormundschaftsbehörde hinweisen, der technische Ausdruck „vorläufige Vollstreckbarkeit“ (s. unten S. 16ff.) dagegen offenbar absichtlich im Text des § 577 vermieden war.

---

[1] Vgl. beispielsweise § 66 Abs. 2 u. 3 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875.

[2] Z. B. § 603 Abs. 2, § 613 Abs. 1.

[3] Hahn S. 410.

Freilich lässt sich nun nicht verkennen, dass die moderne Gesetzgebung, um eine grösstmögliche Uebereinstimmung der richterlichen Urteile mit den öffentlichen Akten und zugleich ein beschleunigtes Verfahren herbeizuführen, Einträge in die öffentlichen Bücher als Zwangsvollstreckungsakte behandelt.

Von diesem Gesichtspunkt aus ist § 658 C.P.O. zu erklären, welcher bestimmt, dass, wenn auf Bewirkung einer Eintragung im Grund- oder Hypothekenbuch erkannt ist, das vorläufig vollstreckbare Urteil in der Form einer sog. arrestatorischen Verfügung „vollzogen" werden soll.

Hierüber ist folgendes zu bemerken:

1. Unmöglich kann der durch die Behörde zu vollziehende Akt als Gegenstand der schuldnerischen Leistungspflicht und des klägerischen Exekutionsrechts gedacht werden. Soweit es sich daher um den Eintrag selbst handelt — wovon zutreffendenfalls der damit verbundene Streit um das einzutragende Recht (hinsichtlich dessen Feststellung oder Verurteilung begehrt sein mag) streng zu trennen ist — trifft allein die Auffassung zu, dass der Prozesszweck in der Erreichung der Eintragsbewilligung des Schuldners, bezw. seiner persönlichen Mitwirkung bei der Eintragung, soweit diese erforderlich sein sollte, besteht[1]. Auf diesem Standpunkt steht denn auch, in Ergänzung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs[2], welches das sog. formale Konsensprinzip[3] adoptiert hat, die Denkschrift zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs in 2. Lesung S. 334, welche die Vorschrift des § 658 dahin fassen will, dass an die Stelle des Worts „Bewirkung" — „Bewilligung" gesetzt wird. Diese Bewilligung ist an sich (nach § 779) keiner Vollstreckung zugänglich[4], vielmehr mit der Rechtskraft des Urteils vollendet und damit der Prozesszweck durchaus erfüllt, so dass die Vollziehung des Eintrags aus dem Rechtsstreit völlig hinausfällt. (Vgl. noch die Zusätze unter Ziff. 1.)

2. Der § 658 greift hienach in die freiwillige Gerichtsbarkeit

---

[1] So im wesentlichen auch Weismann, Feststellungsklage S. 138, 139.

[2] Vgl. §§ 873, 885, 888, 894, 899 Abs. 2 und dazu Fischer-Henle's Handausgabe zu §§ 873, 888, je in Anm. 6, wo auf § 779 C.P.O. verwiesen wird.

[3] Vgl. hierüber Motive zum Entw. des B.G.B. Bd. 3 S. 138. — Betzinger, Liegenschaftsvollstreckung S. 47.

[4] S. unten S. 45.

hinüber[1], und er hat nur für diejenigen Bundesstaaten eine Bedeutung, welche sog. „exekutive Einträge“ kennen[2].

Nach denjenigen Landesgesetzen, welche — wie das württembergische — exekutive Einträge nicht kennen[3], bleibt das Handeln der Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne innerlichen Zusammenhang mit der Rechtsprechung, und so würde beispielsweise das auf Eintrag, bezw. Eintragsbewilligung lautende, nichtrechtskräftige Urteil in Württemberg[4] nur für die durch das Urteil nicht gebundene Entschliessung der Unterpfandsbehörde, ob das Recht des Klägers glaubhaft gemacht sei und demgemäss zu einer Vormerkung Anlass gebe (vgl. Pfandges. vom 15. April 1825, Art. 195 Abs. 2), die Grundlage zu bilden geeignet sein.

Die neuere Gesetzgebung dagegen, deren Tendenz ersichtlich dahin geht, die Wirksamkeit der in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ergehenden Entscheidungen auf die öffentlichen Bücher und Register weiter auszudehnen[5], lässt auch bei den durch § 658 betroffenen Einträgen in die Grund- und Hypothekenbücher exekutive Einträge, d. h. solche, die im Weg der Zwangsvollstreckung erfolgen, in immer weiterem Umfang zu[6].

---

[1] Es wird denn auch anerkannt, dass die Thätigkeit des eintragenden Grundbuchrichters, was den Instanzenzug betrifft, zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört. Z. f. C.P. Bd. 15 S. 124.

[2] Der Abg. Dr. Baehr, dessen Antrag § 658 sein Leben verdankt, exemplifizierte auf Urteile, deren „Vollzug durch Umschreibung des Eigentums im Grund- oder Hypothekenbuch vollzogen“ werde (Kommissionsprotokolle S. 329; Hahn S. 792 ob.); von Amsberg wies auf die in Aussicht zu nehmende Verschiedenartigkeit der Behandlung in den einzelnen Ländern hin (vgl. ebendas.).

[3] Vgl. Gaupp, Bem. I zu 658 Anm. 2; desselben Anh. f. Württ. S. 52.

[4] Falls ein solches überhaupt zulässig ist; vgl. über diese Frage und die Rechtssprechung des obersten Gerichts: Lang, Württ. Sachenr., 2. Aufl., § 54 Anm. 38 und Württ. Ger.Bl. Bd. 11 S. 79.

[5] S. z. B. Handelsgesetzbuch in der neuen Fassung vom 10. Mai 1897 § 16, und die Motive dazu (bei Hahn, Materialien zum Handelsgesetzbuch S. 213, 214); Patentgesetz vom 7. April 1891, § 33 vgl. mit § 19; Reichsgesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juni 1891 (R.G.Bl. S. 290), § 6 vgl. § 8 Abs. 2.

[6] S. § 22 des Preuss. Immobiliarexekutionsges. vom 4. März 1879 (Sammlung der A.Gess. von Wilmowski S. 35); Entw. I des B.G.B. § 833 Abs. 2; Entw. der Grundbuchordnung §§ 45 u. 46. — Grundbuchordnung vom 24. März 1897 (R.G.Bl. S. 139) §§ 14, 25, 29, und dazu Denkschrift, bei Hahn, Materialien zu diesem Gesetz, S. 160.

Insoweit nun derartige exekutive Einträge zugelassen sind, werden die Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit innerhalb des reichsgesetzlich geordneten Gangs der Zwangsvollstreckung thätig und handeln (ausnahmsweise) als Vollstreckungsorgane. Insoweit können dann auch die von ihnen vollzogenen Akte als Zwangsvollstreckung angesehen werden[1].

In anderm Zusammenhang wird auf § 658 nochmals zurückzukommen sein (§ 7, unten S. 46).

§ 2.

Verhältnis von Vollstreckung und Zwangsvollstreckung.

Es erhebt sich nun die Frage, ob Vollstreckung identisch mit Zwangsvollstreckung ist? Dies lässt sich zwar vom rein sprachlichen Standpunkt aus nicht beweisen, denn „vollstrecken" bedeutet[2]: gänzlich zu Ende führen, vollziehen; letzteres Wort aber: zu Ende ziehen, ausführen, so dass das Moment des Zwangs diesen Begriffen an sich nicht innewohnt. Allein im juristisch-technischen Sinn kann letzteres mit Fug behauptet werden. Zweifellos gebrauchen die §§ 650, 652, 698 C.P.O. das Wort Vollstreckung durchaus synonym mit Zwangsvollstreckung. In § 181 G.V.G. ist von Vollstreckung der in den vorangegangenen Paragraphen erwähnten Ordnungsstrafe die Rede. Auch „vollziehen", „Vollziehung" wird in dem gleichen Sinn gebraucht: heisst doch gerade das ordentliche Zwangsvollstreckungsorgan „Gerichtsvollzieher".

Unterstützend kommt in Betracht die Terminologie des Strafprozesses: die Todesstrafe ist durch Enthauptung zu vollstrecken (§ 13 Str.G.B.); die Strafe der Festungshaft wird in Festungen vollzogen (§ 17 Abs. 4). Ebenso kann von „Vollstreckung" im Sinn des 8. Buchs der Str.P.O. (vgl. auch §§ 70—72 Str.G.B.) nur bei den in Urteilen oder in Beschlüssen angeordneten und unmittelbar zwangsweise zu verwirklichenden Massnahmen die Rede sein (also bei der Strafe, Busse, öffentlichen Bekanntmachung des Urteils [§ 200 Str.G.B.], Kostenentscheidung,

[1] S. z. B. R.G. Bd. 25 S. 403 (Löschung eines Eintrags).

[2] Heyne, Deutsches Wörterbuch, s. v. „vollstrecken", „vollziehen".

Einziehung, Unbrauchbarmachung), dagegen nicht da, wo als Folge der Verurteilung die Unfähigkeit, bestimmte Rechte auszuüben (z. B. §§ 31, 32, 35, 88, 95, 161, 319 Str.G.B.) ausgesprochen, oder wo durch das Urteil der Landespolizeibehörde die Befugnis, eine in eigener Zuständigkeit zu vollstreckende Massregel zu verfügen (z. B. §§ 39 Ziff. 1 und 2, 284 Abs. 2, 362 Abs. 2 das.) eröffnet wird. Keine „Vollstreckung" des freisprechenden Urteils ist die Haftentlassung des freigesprochenen Angeklagten aus der Untersuchungshaft, seine Wiedereinsetzung in das Amt, die Freigabe der beschlagnahmten Gegenstände[1]: denn diese Massregeln sind teils Folgen besonderer gerichtlicher Verfügungen (der Aufhebung des Haft- oder Beschlagnahmebefehls), teils stehen sie mit der Thätigkeit des Strafrichters ausser allem Zusammenhang[2].

§ 3.

Vollstreckbarkeit und vorläufige Vollstreckbarkeit.

Sprechen schon diese allgemeinen Gründe für die Bejahung der zu Anfang des vorigen Paragraphen aufgeworfenen Frage, so wäre die Richtigkeit dieser Bejahung noch weiter gesichert, wenn sich nachweisen liesse, dass Vollstreckbarkeit identisch ist mit Möglichkeit der —, bezw. Befugnis zur Zwangsvollstreckung.

In dieser Richtung nun zeigen sich sofort die erheblichsten Meinungsverschiedenheiten. Hier hat eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. Juni 1886[3] einen Vorgang geschaffen, welcher, wie dem Verfasser scheint, auf eine schiefe Ebene führt. Das Reichsgericht geht davon aus, der Ausdruck vollstreckbar, den die Civilprozessordnung vom Urteil gebrauche, kennzeichne das Urteil als „giltig, rechtswirksam, unanfechtbar".

Aehnliche Ansichten sind denn auch in der Theorie vertreten. Es mag hier genügen, auf Wach, Planck und Gaupp Bezug zu nehmen. Ersterer vertritt neuerdings[4] die Meinung, neben

[1] Dies gegen Laband, Staatsrecht Bd. II S. 338.

[2] Sollte etwa auch die Mitteilung von Strafnachrichten an die mit der Führung des Strafregisters betraute Behörde (in Gemässheit der Bundesratsverordnung vom 16. Juni 1887) zur Vollstreckung des Strafurteils gerechnet werden?

[3] Entsch. d. R.G. Bd. 16 S. 420; gebilligt in Entsch. Bd. 25 S. 377.

[4] Vorträge, 2. Aufl., S. 101. (Die Stelle fehlt am entsprechenden Ort in der 1. Aufl. S. 76.)

der engeren Bedeutung, welche die Vollstreckbarkeit in der Civilprozessordnung habe, nämlich die Eigenschaft des Dekrets als Vollstreckungstitel, umfasse die Vollstreckbarkeit „im weiteren übertragenen Sinn die gesamte gegenwärtige Rechtskraftwirksamkeit — die Kraft, seinen Willensinhalt alsbald ins Leben umzusetzen". Planck[1] sagt: bei dem Ausdruck Vollstreckbarkeit sei in der Civilprozessordnung vorzugsweise, aber nicht ausschliesslich der Gebrauch zur Zwangsvollstreckung gemeint[2] und an anderer Stelle: vollstreckbar, also brauchbar zum Angriff und Abwehr, sei auch das klagabweisende und das Feststellungsurteil. Gaupp[3] will auch einem Feststellungsurteil die Vollstreckungsklausel nicht versagen und folgert aus § 644 Abs. 2, dass für Urteile in Ehesachen, insbesondere für das (Feststellungs-)Urteil über Nichtigkeit oder Ungiltigkeit einer Ehe, nur die vorläufige Vollstreckbarkeit, nicht aber die Vollstreckbarkeit ausgeschlossen sei[4].

Auf diese Weise ist die Lehre der vorläufigen Vollstreckbarkeit wie diejenige des Vollstreckungsurteils auf einen durchaus schwankenden Boden geraten; es findet sich die Ansicht vertreten, jene sei identisch mit vorläufiger Wirksamkeit[5], und das Vollstreckungsurteil, welches zweifellos mit der Vollstreckbarkeit im engsten Zusammenhang steht[6], bewirke nicht nur Vollstreckungsbefugnis, sondern Rechtskraft. Oder man rechnet[7] zur Vollstreckung neben der Gesamtheit der eigentlichen, oben definierten Zwangsvollstreckungsmassregeln auch unterschiedslos die Einwirkung gerichtlicher Entscheidungen auf die öffentlichen Bücher, welche wir oben S. 6 ff. von der Zwangsvollstreckung weggewiesen haben.

[1] Lehrbuch II § 143 Anm. 8 S. 475; § 171 Abs. 1 Ziff. I S. 654, 655; § 169 Ziff. II S. 636.

[2] Zum Beweis hiefür werden die §§ 648 u. 691 No. 1, sowie die oben erwähnten Reichsgerichtsentscheidungen angeführt. — Planck gerät übrigens auf solche Weise in Widerspruch mit seiner, in § 171 Satz 2 gegebenen Definition: „Vollstreckbarkeit ist die Statthaftigkeit der Zwangsvollstreckung", sowie mit der Ausführung daselbst Ziff. 1, wonach für einen vollstreckbaren Titel, insbesondere ein vollstreckbares Endurteil, ein solcher Titel verlangt werde, der eine durch Zwangsvollstreckung erzwingbare, zwangsvollstreckungsfähige Leistung vorschreibe.

[3] Bem. I zu § 644 (S. 290 zu Anm. 15, 17, 18).

[4] Vgl. hiezu unten S. 43 Anm. 4.

[5] S. unten S. 18.

[6] S. unten § 8.

[7] Der Nachweis hiefür unten im § 8 gg. E.

Unseres Erachtens lässt sich eine Unterscheidung zwischen Zwangsvollstreckung und Vollstreckung nicht aufstellen, und was Vollstreckung im weiteren Sinne genannt werden will, verdient diesen Namen nicht, vielmehr würde auf diese Weise ein uferloser, wissenschaftlich unbrauchbarer Begriff geschaffen werden. Muss doch die gegenteilige Meinung schliesslich auch die Fortsetzung des Verfahrens auf Grund des die prozesshindernde Einrede verwerfenden Zwischenurteils oder des eidbedingten rechtskräftigen Endurteils als Vollstreckung gelten lassen[1], womit doch wohl die Unhaltbarkeit des weiteren Begriffs der Vollstreckung aufs schlagendste dargethan wird.

Für den unlösbaren Zusammenhang, in welchem Zwangsvollstreckung und Vollstreckbarkeit stehen, sprechen erstens allgemein sprachliche Gründe, sodann die besondere Terminologie der Civilprozessordnung und endlich der in der Civilprozessordnung feststehende Begriff der vorläufigen Vollstreckbarkeit als der Befugnis zur sofortigen Zwangsvollstreckung[2].

I. Vollstreckbar bedeutet dem Wortsinn nach dasjenige, was vollstreckt werden kann oder darf. Die Endsilbe *„bar“*, vom mittelhochdeutschen *baere* gleich tragen[3], hat unter anderem auch die Bedeutung[4] von: „die Möglichkeit bietend zu“. Das betreffende Eigenschaftswort drückt in solchem Fall aus, dass das Subjekt die in der Stammsilbe bezeichnete Thätigkeit in leidendem Sinn verträgt. So häufig gerade in juristischen Kunstausdrücken: strafbar, klagbar, anfechtbar, jagdbar. Im Zusammenhalt mit dem, was oben (§ 2) über die Bedeutung des Wortes vollstrecken im Sinn der Civilprozessordnung gesagt wurde, er-

---

[1] Planck, Lehrbuch II S. 476, wendet hier zunächst den Begriff „Vollziehung“ an, identifiziert aber S. 475 Anm. 5, vgl. S. 655, Vollziehbarkeit und Vollstreckbarkeit.

[2] Die folgende Polemik richtet sich im allgemeinen wie im besonderen gegen die Ausführungen der Reichsgerichtsentscheidung vom 28. Juni 1886 (s. oben S. 11 Anm. 3) und befindet sich hierin grösstenteils in Uebereinstimmung mit Schultze S. 7 ff.; Forkel S. 12 ff.; Heidecker S. 466 ff.; Kohler ges. Beitr. S. 562.

[3] wobei letzteres ursprünglich im aktiven Sinn, entsprechend dem lateinischen „fer“ in fructifer, in späteren Zusammensetzungen = capax, aptus, z. B. essbar, trinkbar gebraucht wird. (Grimm, Deutsches Wörterbuch bei *„bar“*.)

[4] Weigand, Deutsches Wörterbuch bei *„bar“*.

giebt sich sodann, dass vollstreckbar im civilprozessualischen Sinn dasjenige ist, was im Weg der Zwangsvollstreckung verwirklicht werden kann und darf[1].

II. Mit dieser Bedeutung stimmt die Verwendung des Worts „vollstreckbar" in den einzelnen in Betracht kommenden Bestimmungen der Civilprozessordnung überein[2].

1. Wenn in den §§ 73 Abs. 4, 236 Abs. 3 gesagt ist: das Urteil sei gegen den ursprünglichen Beklagten, bezw. gegen den Rechtsnachfolger „wirksam und vollstreckbar", so ist das der deutlichste Beleg dafür, dass von einer Gleichstellung von Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit nicht die Rede ist. Das Gesetz kann hier nichts anderes meinen, als dass dem Kläger die Befugnis der Zwangsvollstreckung zustehe (vgl. hiezu noch § 665 Abs. 1). Im Anschluss an diesen letztgenannten Paragraphen weist Schultze[3] nach, dass die Civilprozessordnung lediglich die Voraussetzungen bestimmen will, unter welchen eine Zwangsvollstreckung für und gegen die Rechtsnachfolger stattfinden soll, dagegen auf die landesrechtlichen Bestimmungen über die Urteilswirkung für und gegen Dritte nicht hinübergreift, und auch er gelangt zu dem Resultat, dass Vollstreckbarkeit mit dem Recht zur Zwangsvollstreckung zusammenfällt.

2. Vollstreckbare Ausfertigung[4] eines Urteils (§ 662) ist eine solche, welche (§ 663) dem Gläubiger „zum Zweck der Zwangsvollstreckung" erteilt wird. Hier ist die Identität von vollstreckbar und zwangsvollstreckbar (wenn dieser Ausdruck gebildet werden darf) in die Augen fallend. Die Vollstreckbarkeit steht gänzlich im Dienst der Zwangsvollstreckung. Was nützt dem Gläubiger, der nichts zu vollstrecken hat, die ihm „zum

---

[1] Vgl. im code de proc. civ. art. 546, 547 die Synonymität von exécutoire und susceptible d'exécution.

[2] Für den Strafprozess zu vergleichen: § 481 Str.P.O. „Strafurteile sind nicht vollstreckbar, bevor sie rechtskräftig geworden sind", d. h. vor eingetretener Rechtskraft darf die zwangsweise Vollstreckung nicht erfolgen; letztere findet statt auf Grund einer „Bescheinigung der Vollstreckbarkeit" (§ 483).

[3] S. 1—15.

[4] Der Ausdruck enthält eine sprachliche Zusammenziehung: löst man ihn auf, so bezeichnet er eine Ausfertigung, worin die Befugnis des Gläubigers zur Vollstreckung der in dem betreffenden Titel bezeichneten Leistung bescheinigt wird.

Zweck der Zwangsvollstreckung“ erteilte Ausfertigung? Welchen Sinn hätte die Vollstreckungsklausel beim deklaratorischen, beim klagabweisenden Urteil?[1]

Wenn § 779 Abs. 1 Satz 2 C.P.O. vorschreibt, dass eine vollstreckbare Ausfertigung in bestimmten Fällen, in welchen eine Vollstreckungshandlung nicht in Frage kommt, erteilt werden soll, so beweist das nichts gegen die von uns vertretene Ansicht. In Wahrheit handelt es sich hier — entsprechend dem Abs. 1 dieses Paragraphen, worin gleichfalls der Eintritt der Fiktion nicht von der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung, sondern lediglich von dem Eintritt der formellen Rechtskraft abhängt — um die Erteilung eines unter bestimmten Kautelen zu gewährenden Rechtskraftzeugnisses, und es diente lediglich zur Vereinfachung, wenn bezüglich der Formen, unter welchen dieses Zeugnis zu erteilen ist, auf die bereitgestellten §§ 664, 666 verwiesen werden konnte[2].

3. Unter der Ueberschrift „vollstreckbare Schuldtitel“ [3] führen die Motive zu §§ 597, 598 (= 644, 645 C.P.O.) an: es kommen hier selbstverständlich nur solche Urteile in Betracht, „welche ihrer Natur nach einer Vollstreckung fähig seien“, was unter anderem hinsichtlich der nur die Verpflichtung zum

[1] Bei diesem Beispiel ist — wie im folgenden jedesmal bei ähnlichen Beispielen — um ein für allemal der so häufig sich findenden Verquickung zwischen der Entscheidung in der Hauptsache und im Kostenpunkt vorzubeugen, an ein solches Urteil gedacht, welches eine Entscheidung im Kostenpunkt nicht enthält, was bei Teilurteilen die Regel bildet (Gaupp, Bem. I zu § 87).

[2] Schultze S. 10; Kohler, Arch. f. civ. Prax. Bd. 72 S. 29 (= ges. Beitr. S. 485); Heidecker S. 467; Forkel S. 13.

[3] Auch dieser Ausdruck ist (vgl. oben S. 14 Anm. 4) ein verkürzter: streng genommen ist es ja nicht das Urteil, die Schuldurkunde, welche im Zwangsweg zur Verwirklichung kommt, sondern die im Urteil angeordnete, die in der Schuldurkunde versprochene Leistung (im Strafprozess die Strafe), wobei jene Schriftstücke als „formell selbständige Grundlage der Zwangsvollstreckung“ (Motive zu §§ 612, 613; Hahn I S. 433) dienen. — Korrekt ist es, wenn die Römer sagen: exsequi judicatum (l. 15 § 8, l. 12 D. 42, 1), eigentlich also: das wozu der Schuldner verurteilt ist (wie judicatum solvi in l. 6 D. 2, 12 u. a. St.). — Die Motive zu § 651 des Entw. (§ 702 C.P.O.) (Hahn I S. 446) sagen bezüglich der vollstreckbaren Schuldurkunde: „für den Gegenstand einer vollstreckbaren Verpflichtung sind dieselben Schranken gezogen, wie bei der Zulassung des Urkundenprozesses“. — Schultze S. 1: „der Titel ist bestimmt, einer materiellen Forderung die Vollstreckbarkeit zu verleihen.“

Schadenersatz aussprechenden und der eidbedingten Urteile nicht der Fall sei. Hier bekennen sich also die Motive[1] ausdrücklich zugunsten der hier vertretenen Meinung: nach Ansicht der Gegner würde die Geltendmachung von Konsequenzansprüchen (§ 778) aus den ersteren, die Fortsetzung des Verfahrens auf Grund der letzteren Urteile[2] als „Vollstreckung" erscheinen, während die Motive es als „selbstverständlich" betrachten, dass vollstreckbar nur diejenigen Urteile sind, aus welchen eine Zwangsvollstreckung stattfindet: denn, dass die Motive hier unter „Vollstreckung" „Zwangsvollstreckung" verstehen, wird vollends ausser Zweifel gestellt durch § 22 E.G. zur C.P.O. (vgl. dazu § 706 C.P.O.), wo die von der Theorie und den Motiven zur Civilprozessordnung sog. „vollstreckbaren Urkunden" als solche definiert sind, „aus welchen die Zwangsvollstreckung zulässig ist".

III. Auch bei der vorläufigen Vollstreckbarkeit, wie sie in den §§ 648ff. C.P.O. geregelt ist, führen historische und innere Gründe auf die untrennbare Korrelatbeziehung zwischen Vollstreckbarkeit und Zwangsvollstreckung.

Der Entwurf einer Reichscivilprozessordnung fand hinsichtlich der Vollstreckbarkeit der Urteile zwei verschiedene Systeme als geltendes Recht in Deutschland vor. Das gemeine und das altländisch preussische Recht sowie die Mehrzahl der neuen Prozessgesetze[3] stellten als Erfordernis der Vollstreckbarkeit für die Regel die Rechtskraft auf, während nach französischem Recht, welchem die bayerische Prozessordnung von 1869 gefolgt war, die Exekution schon vor Ablauf der Fristen für die ordentlichen Rechtsmittel zulässig war[4].

Der Entwurf entschied sich für das erstere System. Solange ein Urteil der Anfechtung mittelst der ordentlichen Rechtsmittel unterliegt — bemerken die Motive zu §§ 597, 598[5] — könne dasselbe „ohne unnatürliche Fiktion noch nicht als definitive Entscheidung angesehen werden, weshalb es nicht angemessen erscheine, die zwangsweise Vollstreckung desselben als Regel aufzustellen".

[1] Ebenso auch das Reichsgericht in den Entsch. Bd. 9 S. 372.

[2] Vgl. oben S. 13 Anm. 1.

[3] Darunter auch die Württ. Civilprozessordnung von 1868, Art. 642, 682.

[4] Vgl. Motive zu §§ 597—656 des Entw. Ziff. 2 (Hahn, Materialien I S. 421).

[5] Hahn S. 425.

Indessen glaubte doch der Entwurf einer teilweisen Zulassung der Vollstreckung noch nicht rechtskräftig gewordener Urteile nicht entraten zu können[1]. Das bestimmende Motiv hiefür lag nach der von dem Reichskommissar von Amsberg in der Reichtagsjustizkommission abgegebenen Erklärung in der Besorgnis, es möchte mit der Beseitigung der Eventualmaxime und bei der unbedingten Gestattung der Berufung und des Novenrechts die erste Instanz zu einer blossen Versuchsstation herabgedrückt werden; es sollte durch die Zulassung der vorläufigen Vollstreckbarkeit in milderer Form dasselbe erreicht werden, was in andern Gesetzgebungen durch eine Beschränkung der Berufung bezweckt wurde[2]. Die Civilprozessordnung billigte hiemit den auch heute noch herrschenden, freilich viel zu engherzigen Standpunkt der absoluten Wirkungslosigkeit des nichtrechtskräftigen Urteils[3]; sie machte nur hinsichtlich der vorläufigen — d. h. bis zum Eintritt

[1] Das Gemeine Prozessrecht kannte nur einzelne Fälle der vorläufigen Vollstreckbarkeit im Sinne der Civilprozessordnung, insbesondere trat solche ein bei Besitzstreitigkeiten und in Wechsel- und sonstigen mit parata executio versehenen Sachen. Wetzell, System, 3. Aufl., § 55 zu Note 29—32. — Von deutschen Prozessordnungen, welchen die vorläufige Vollstreckbarkeit bekannt war, sind hervorzuheben, die hannöversche von 1850, besonders § 409, und die württembergische Art. 684 ff., 602, 836, 865, 874.

[2] Kommissionsprotokolle S. 336 (Hahn I S. 798), vgl. daselbst S. 730 (Hahn II S. 1165 oben).

[3] Es dürfte wohl kaum der Bedeutung eines richterlichen Urteils, also doch immerhin eines autoritativen Staatswillensakts, entsprechen, wenn das einer Nachprüfung in höherer Instanz unterliegende (und meist auch rechtskräftig werdende) Urteil „nur der Versuch eines Urteils", oder „einer der vielen Schritte im Laufe des Prozesses, die zu einem bleibenden Urteil zu führen bestimmt sind", bezeichnet wird (Savigny, System Bd. 6 S. 297). Die Lehrbücher des Civilrechts handeln sämtlich nur vom rechtskräftigen Urteil. Auch die neueste Gesetzgebung sieht von der Regelung der Wirkung eines nichtrechtskräftigen Urteils völlig ab (vgl. nam. Entw. I des B.G.B. § 191 und Motive Bd. I S. 368). — Es müsste denn aber doch dem auch in erstinstanzlichen „Urteilsversuchen" enthaltenen Staatswillensakt, zumal bei dem starken Prozentsatz solcher Versuche, welche thatsächlich infolge der Nichteinlegung von Rechtsmitteln oder der oberrichterlichen Bestätigung in Rechtskraft erwachsen, wenigstens hinsichtlich der bona fides des Verurteilten und seiner Schadensersatzpflicht Wirkung beigelegt werden. Dies verkennt die Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 25 S. 373), welche in einem solchen Fall alles nur auf die vorläufige Vollstreckbarkeit abstellt, anstatt zu prüfen, ob nicht schon das Zuwiederhandeln des Beklagten gegen das erste Urteil seine Schadensersatzpflicht begründete.

definitiver Rechtskraft oder einer abändernden Entscheidung (§ 655) — zulässigen Zwangsvollstreckung eine Ausnahme von jenem Grundsatz, und lässt, entsprechend ihrer Bedeutung als Prozessgesetz, eine Antizipation der regelmässig nur dem rechtskräftigen Urteil zukommenden Wirkung lediglich in dieser einen Richtung, nämlich hinsichtlich der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zu[1].

Dieser Standpunkt des Gesetzes ist auch in § 644 Abs. 1, der einzigen Bestimmung der Civilprozessordnung, aus welcher das Wesen der vorläufigen Vollstreckbarkeit entnommen werden kann, zu unzweideutigem Ausdruck gekommen. Die wesentliche Bedeutung liegt hier, wie in § 481 Str.P.O., in der Negative[2], dass vor eingetretener Rechtskraft oder formeller Vollstreckbarkeit die Zwangsvollstreckung nicht stattfinden darf. Dagegen soll und kann durch die Vollstreckbarkeitserklärung im Sinn der §§ 648 ff. an der Giltigkeit und Rechtswirksamkeit des Urteils in seinen anderweitigen Beziehungen nicht das Geringste geändert werden. Es ist also aufs bestimmteste der Ansicht von Bruchhausen's[3] zu widersprechen, als ob der Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit die Bedeutung zukäme, dass durch sie die materiellen Wirkungen der Rechtskraft überhaupt antizipiert würden[4], eine Ansicht, die sich z. B. auch bei Struckmann-Koch[5] in der Form findet, die vorläufige Vollstreckbarkeit habe bei klagabweisenden und feststellenden Urteilen die Bedeutung, dass das Urteil sofort die Verhältnisse der Parteien unter einander regle. Etwas ähnliches spricht auch die Reichsgerichtsentscheidung Bd. 32 S. 423 aus.

Dem gegenüber ist mit den Motiven zur Civilprozessordnung daran festzuhalten, dass die §§ 648—652 „die Ausnahmefälle" darstellen, „in welchen aus einem noch nicht rechtskräftigen Urteil die Zwangsvollstreckung stattfinden soll"[6]. Das Reichsgericht

[1] Wach I S. 224 Note 14; Planck I S. 484 Note 4; Schultze S. 8; Forkel S. 56. — S. auch E. d. R.G. Bd. 36, S. 374.

[2] Wilmowski-Levy, Anm. 3 zu § 644.

[3] Z. f. C.P. Bd. 14 S. 265. — Ebenso Seuffert's Arch. Bd. 48 Nr. 160

[4] Vgl. hiezu auch oben S. 7 bei Anm. 3.

[5] Anm. 3 Abs. 2 zu § 644.

[6] Hahn S. 427. — S. auch Planck II S. 637; Dernburg, Preuss. Privatrecht, Bd. 1, § 135 Anm. 4; Förster-Eccius, Bd. 1, Anhang zu §§ 55, 56 zu Anfang (S. 303, 304).

(Entsch. 16 S. 421) betrachtet es als feststehend, dass nach der Civilprozessordnung auch Urteile, die eine Feststellung oder eine Klagabweisung enthalten, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, es unterlässt aber hiebei, zu untersuchen, ob nicht die betreffenden Vorschriften einschränkend zu interpretieren sind. Der Nachweis dafür, dass jene Bestimmungen nur unter der Annahme der Vollstreckungsfähigkeit der Entscheidung sich befriedigend erklären lassen, wird unten in Anhang II zu führen versucht.

Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit ohne das Vorhandensein des zur Zwangsvollstreckung tauglichen Urteilsinhalts wäre eine durchaus wirkungslose, geradezu in der Luft stehende Massregel. (Vgl. Zusatz 2.)

Obwohl nun dies im allgemeinen anerkannt wird[1], so ist doch darüber noch keine Klarheit erzielt, ob nicht „der Einfachheit halber" die Civilprozessordnung die vorläufige Vollstreckbarkeit des ganzen Urteils thatsächlich da ausgesprochen haben will, wo ein Teil der Entscheidung, z. B. die mit der Klagabweisung verbundene Kostenentscheidung, sich zur Zwangsvollstreckung eignet[2]. Allein auf die Frage, ob dies der Fall sei, giebt es nur ein striktes Nein. Zuvörderst kann daran nicht der mindeste Zweifel bestehen, dass dann, wenn für einen Teil der Entscheidung die Voraussetzungen des § 648 zutreffen, für einen andern nicht, nur für den ersteren die vorläufige Vollstreckbarkeit auszusprechen ist. Der rein äusserliche Umstand, dass nach dem Wortlaut der §§ 648 ff. „Urteile" für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind, entscheidet selbstverständlich nicht, zumal da in § 648 Nr. 6, § 649 Nr. 4 (vv. „soweit", „sofern") die Vollstreckbarkeit des Urteils ausdrücklich auf bestimmte Teile beschränkt wird. Wie sollte es sich rechtfertigen, falls Beklagter 20 Pf. am Klaganspruch anerkannt, für weitere 10,000 M. aber widersprochen hat, wegen jenes Anerkenntnisses das ganze Urteil von amtswegen gegen ihn für vorläufig vollstreckbar zu erklären? Sollte es anders sein, wenn in diesem Fall der Kläger mit seiner Forderung von 10,000 M. in demselben Urteil, worin über die anerkannten 20 Pfg. entschieden wird, abzuweisen wäre? Derselbe Grundsatz muss dann aber auch für § 649, ebenso für §§ 650—652 An-

[1] Vgl. beispielsweise Forkel S. 13; Schultze S. 8; Fitting § 91 Ziff. I.

[2] Schultze S. 8; Heidecker S. 466; ferner fast alle Kommentare (zu § 648). — Vgl. über die ganze Frage unten Anhang II.

wendung finden; ein Grund für eine abweichende Behandlung wäre nicht erfindlich[1]. Anzunehmen, das Gesetz schreibe eine vorläufige Vollstreckbarkeit für nicht vollstreckungstähige Entscheidungsteile im Interesse der vollstreckungsfähigen Teile vor, hiesse dem Gesetz einen unvernünftigen Willen unterstellen.

Ist dieses Prinzip der Teilbarkeit der vorläufigen Vollstreckbarkeit richtig, so fehlt jeder Anhalt für die von der Praxis beliebte abweichende Behandlung der Kostenentscheidung in nichtvollstreckbaren Urteilen. Was soll es heissen, wenn gesagt wird: das klagabweisende Urteil wird „der Kostenentscheidung halber" für vorläufig vollstreckbar erklärt? Welche rechtliche Wirkung wäre diesem Ausspruch, abgesehen vom Kostenpunkt, beizulegen? Und, wenn die Antwort nur lauten kann: „keine", so ist die weitere Frage zu beantworten: ist der Richter dazu da, Anordnungen zu erlassen, die in sich selbst widerspruchsvoll jeder Rechtswirksamkeit entbehren?

Ist aber hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit jeder Teil der Entscheidung auf seine Eigenart besonders zu prüfen, so muss das Gleiche für die Vollstreckbarkeit überhaupt gelten, wofür wir bei der Lehre vom Vollstreckungsurteil einen Anwendungsfall finden werden[2].

Im voraus müssen wir hier unsere Meinung gegenüber einem zu erwartenden Einwurf stützen.

Im Hinblick auf §§ 648 Nr. 5, 691 Nr. 1[3] kann nämlich kein Zweifel bestehen, dass die Civilprozessordnung solche Urteile, welche eine Einschränkung oder Aufhebung einer früher angeordneten Zwangsvollstreckung enthalten[4], als vollstreckbar behandelt[5].

---

[1] Richtig: Wilmowski-Levy, Anm. 2 zu § 648; Struckmann-Koch, Anm. 4 zu § 649. — Für den Schiedsspruch (Vollstreckungsurteil) auch ausdrücklich anerkannt vom Reichsgericht (Jurist. Wochenschrift von 1892, S. 273 Nr. 16). — A. A. Gaupp, Bem. I 3 zu § 648; Fitting § 91 Anm. 4.

[2] S. unten S. 65.

[3] Die hier genannte vollstreckbare Entscheidung ist, wie allerseits anerkannt wird, ein Urteil, und zwar entweder ein rechtskräftiges oder ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes (doch s. auch unten S. 26 Ziff c.).

[4] Es gehören hiezu alle, eine vollstreckbare Entscheidung oder ein Vollstreckungsurteil aufhebenden oder hinsichtlich der Vollstreckbarkeit zu Gunsten des Schuldners abändernden Urteile; es kommen namentlich in Betracht die §§ 308, 648 Nr. 5, 655, 686, 687, 690, 541 ff., 870 Abs. 3.

[5] Vgl. Planck II S. 709 Ziff. B (zu § 690); Gaupp, Bem. VI zu

Erwägt man nun, dass aus solchen Urteilen, wenigstens für die Regel, eine Zwangsvollstreckung im Sinn des § 1 dieser Abhandlung nicht stattfinden wird, dass vielmehr ihre Bedeutung eine wesentlich negative ist, so scheint der aufgestellte Begriff der vorläufigen Vollstreckbarkeit (und damit auch der Vollstreckbarkeit überhaupt) doch einer Modifikation zu bedürfen. Allein wird an der Hand unserer in § 1 gegebenen Definition geprüft, welches Moment der Zwangsvollstreckung in den hier vorausgesetzten Fällen fehlt, so zeigt sich, dass es lediglich das Moment des „unmittelbaren Zwangseingriffs" ist: der jetzt unterlegene Gläubiger wird nicht in der Form des § 773 angehalten, die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung zu unterlassen und die Aufhebung der Vollstreckungsmassregeln zu dulden, sondern das Gesetz hat für die Erzwingung des urteilsgemässen Verhaltens des unterlegenen Gläubigers eine andere Form gewählt. Es ist dem Schuldner der direkte Weg zum Gerichtsvollzieher eröffnet, welchem im Fall der Vorlegung der betreffenden vollstreckbaren Entscheidung die Unterlassung weiterer —, die Rückgängigmachung der vorgenommenen Zwangshandlungen (§ 692)[1] vorgeschrieben ist, und auf diese Weise wird die Verwirklichung des urteilsgemässen Zustands, nötigenfalls gegen den Willen des Gläubigers, sicherer erreicht, als durch die direkten Zwangsvollstreckungsmassregeln (oben § 1).

Mochte schon auf Grund dieser Erwägungen den Verfassern der Civilprozessordnung die Behandlung der Inhibitorien als kondemnatorischer vollstreckbarer Urteile für das Anwendungsgebiet der §§ 648 ff. nahegerückt sein, so dient es weiter zur Rechtfertigung dieser Behandlungsweise, dass zutreffendenfalls auch direkter Zwang eintritt, wie beispielsweise in dem dem Urteil

---

§ 690; Hommel S. 38, 40 ff.; Wilmowski-Levy, Anm. 6 zu § 231. Die Ansichten gehen auseinander: Hommel zweifelt nicht an der kondemnatorischen Natur dieser Entscheidungen, bestreitet aber deren Vollstreckbarkeit; Wilmowski-Levy anerkennen, dass bei Freigabe gepfändeter Gegenstände es sich „um die Erlangung eines vollstreckbaren Titels zur Befriedigung des Klägers" handle. Auch die Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 4 S. 113) vertritt den Standpunkt, dass eine die Aufhebung der Pfändung von Forderungen betreibende Klage jedenfalls keine Feststellungsklage im Sinne des § 231 C.P.O. sein könne.

[1] Uebrigens nicht soweit sie Befriedigung des Klägers bewirkt haben, R.G.E. Bd. 23 S. 337.

des Reichsgesetzes vom 10. Februar 1894[1] zu Grunde liegenden Fall: hier waren die Kläger durch einstweilige Verfügung zur Absperrung der dem Beklagten das Wasser zuführenden städtischen Leitung ermächtigt, sodann diese Verfügung durch vorläufig vollstreckbares Urteil aufgehoben worden. Zweifellos könnte hier die klägerische Partei auf Grund der letzteren Entscheidung zur Beseitigung der Sperrvorrichtung (eventuell Duldung ihrer Beseitigung durch den Prozessgegner) und zur Unterlassung der Wiederanbringung derselben im Zwangsvollstreckungsweg angehalten werden, und ist die gegenteilige Annahme des Reichsgerichts (S. 422 unten) irrig[2].

Soviel ist sicher, dass die Aufstellung des Grundsatzes: gegen Vollstreckbarkeit wirkt nur wieder Vollstreckbarkeit, auch zur systematischen und praktischen Vereinfachung dient und dass dies möglicherweise für den Gesetzgeber bestimmend war, hier ausnahmsweise den Ausdruck: vorläufige Vollstreckbarkeit auch für die — in der Regel nicht zur Zwangsvollstreckung führenden — inhibitorischen Entscheidungen anzuwenden, worauf die Reichsgerichtsentscheidung a. a. O. S. 423 hindeutet.

Sollte übrigens auch hier, wie in § 779 Abs. 1 Satz 2 (oben S. 14f.) das Gesetz den Kunstausdruck „vollstreckbar" in nicht ganz adäquater Weise verwenden, so darf dies doch keinen Grund abgeben, die Zulässigkeit einer schrankenlosen Ausdehnung des Begriffs zu befürworten, vielmehr wäre dieser Fall als Ausnahmefall in streng restriktiver Weise zu würdigen[3]. —

---

[1] Entsch. Bd. 32 S. 421.

[2] Die Zustellung der Inhibitoria an den Gegner muss nach § 671 vor dem Strafverfügungsbeschluss, welcher den Beginn der Zwangsvollstreckung enthält (R.G.E. Bd. 20 S. 386, Bd. 37 S. 410), erfolgt sein, die Straffälligkeit dagegen ist nur durch die Kenntnis, nicht durch die Zustellung des Urteils bedingt (Gaupp, Bem. II. 2 zu § 775). Inwieweit die Zustellung an den Prozessbevollmächtigten die eigene Kenntnis beweist oder ersetzt, darüber s. Reichsgerichtsentsch. Bd. 36 S. 418, 419. (Nach vorstehenden Grundsätzen wäre das Urteil vom 10. Febr. 1894 richtigzustellen.)

[3] Sachlich bezweifelt der Verfasser, ob die Uebertragung der Grundsätze der vorläufigen Vollstreckung auf die Inhibitorien ein glücklicher Griff ist. Angemessener möchte ihm eine Verallgemeinerung des dem § 655 Abs. 1 zu Grunde liegenden Prinzips dahin bedünken, dass bei mehreren auf dasselbe Zwangsvollstreckungsrecht sich beziehenden Entscheidungen jedesmal die spätere die frühere von selbst ausser Wirksamkeit setzen sollte. Der Notbehelf des § 648 Nr. 5 fiele damit weg. (Zur Aufhebung der proviso-

Als Ergebnis vorstehender Erörterungen (§§ 2 und 3) wird anzuerkennen sein, dass im Sinn der Civilprozessordnung zwischen Zwangsvollstreckung und Vollstreckung, Vollstreckbarkeit und Möglichkeit oder Befugnis zur Zwangsvollstreckung kein Unterschied sich aufstellen und begründen lässt.

§ 4.

Formelle Vollstreckbarkeit.

Ist im vorangegangenen die Vollstreckbarkeit in ihrer Beziehung zur Zwangsvollstreckung im allgemeinen aufgezeigt worden, so gilt es nunmehr, ihr rechtliches Wesen näher zu bestimmen.

Wenn von einem „vollstreckbaren Titel“ die Rede ist, so denken wir zunächst an die rein äusserliche Wirkung, dass durch denselben dem Gläubiger die formelle Legitimation zum Vorgehen im Zwangsvollstreckungsverfahren gewährt wird.

Dagegen tritt bei dem „vollstreckbaren Anspruch“, der „vollstreckbaren Leistung“ (s. oben S. 15 Anm. 2) und dann auch, wenn die Frage, welche Urteile „vollstreckbar“ sind, aufgeworfen wird, die materielle Seite der Vollstreckbarkeit — im Sinn der Fähigkeit, im Zwangsvollstreckungsweg verwirklicht zu werden — in den Vordergrund.

Wir haben also Vollstreckbarkeit in dem formellen Sinn der Exekutionsreife des Titels, und in dem materiellen Sinn der Vollstreckungsfähigkeit seines Inhalts[1] bezw. der durch den Titel eröffneten Befugnis zur Zwangsvollstreckung. Es ist ein ähnliches Verhältnis wie bei formeller und materieller Rechtskraft: jene bezeichnet das Stadium der Unanfechtbarkeit der Entscheidung, diese die im Zusammenhamg damit stehende (durch Unanfechtbarkeit bedingte) rechtskräftige Feststellung des Anspruchs (res judicata). Ganz analog bezeichnet die formelle Vollstreckbarkeit das Stadium der parata exsecutio, die mit ihr gegebene, materielle Vollstreckbarkeit die Existenz des subjektiven Vollstreckungsanspruchs.

---

rischen Anordnungen der §§ 688, 689, 710 C.P.O. bedarf es nach R.G.E. Bd. 33 S. 389 keiner vorläufigen Vollstreckbarkeit; dieselben wirken nur bis zur Erlassung des in der Instanz ergehenden Urteils.)

[1] Vgl. hiezu Planck, Lehrbuch II § 171 Abs. 1; auch § 164 Ziff. 4.

Wir wenden uns zunächst zur formellen Vollstreckbarkeit. Sie verkörpert sich in den der Civilprozessordnung bekannten, vollstreckbaren Titeln: dem rechtskräftigen — dem vorläufig vollstreckbaren[1] Urteil, den in § 702 Nr. 3 und 4 genannten sofort vollziehbaren, gerichtlichen Anordnungen, den gerichtlichen Vergleichen (Prozessvergleich und Sühnevergleich § 702 Nr. 1 und 2), den reichs- und landesgesetzlich zugelassenen (§ 702 Nr. 4, § 706) vollstreckbaren Urkunden.

Sie hat ihre wesentliche Bedeutung als äusserliche Fixierung des Moments, von welchem ab die weitere Anrufung des Richters vor der Vollstreckung in der Regel — also abgesehen insbesondere von den Fällen, wo er als Vollstreckungsrichter thätig wird, und einigen sonstigen Fällen, z. B. § 666 — sich erübrigt[2].

Die formelle Vollstreckbarkeit ist es, die für den Gläubiger die rechtliche Basis seiner Angriffsposition gegenüber dem Schuldner bildet und die beim Hinzutritt der weiteren thatsächlichen Voraussetzungen der Zustellung des Schuldtitels[3] und der Erteilung der Vollstreckungsklausel den staatlichen Zwang dem Schuldner gegenüber auf Antrag des Gläubigers in Bewegung setzt[4]. Sie begründet mit anderen Worten für den Gläubiger das formelle Recht auf Inanspruchnahme der staatlichen Zwangshilfe zur Erreichung des in dem Titel bezeichneten rechtlichen Erfolges. Die Prüfung

---

[1] S. ausser §§ 648 ff. C.P.O. auch noch: Reichsgesetz betr. die Gewerbegerichte vom 29. Juli 1890 §§ 56, 72. — Novelle zur Gewerbeordnung vom 26. Juli 1897 § 91 b.

[2] Förster-Eccius § 56 S. 293. — Das Dazwischentreten der Thätigkeit des Vollstreckungsrichters zwischen den Titel und die Vollstreckung ist für den Charakter einer Entscheidung, als einer vollstreckbaren, selbstverständlich ganz irrelevant (dies gegen: Loening, Z. f. C.P. Bd. 4 S. 185; Rocholl a. a. O. S. 355; Wach, F.A. S. 36).

[3] § 671. Ausnahme: § 809 Abs. 3.

[4] Der Rechtsgrund für die formelle Vollstreckbarkeit (vgl. hierzu Kohler, Ges. Beitr. S. 459 ff. Arch. f. civ. Prax. Bd. 72 S. 1 ff.) ist bei den einzelnen vollstreckbaren Schuldtiteln ein verschiedener: in den Fällen des § 702 Nr. 1 u. 2 ist er die unter Mitwirkung des Gerichts erfolgte Liquidstellung des Anspruchs unter den Parteien, bei der exekutorischen Urkunde (das. Nr. 5) neben der obrigkeitlichen Mitwirkung der ausdrücklich auf Exekution gerichtete, „prozessuale Vertrag“ (Kohler, Ges. Beiträge S. 169; David S. 52). Ob beim richterlichen Urteil die „Feststellung“ des Anspruchs Grund der Vollstreckbarkeit sei, darüber s. § 7.

des Vorliegens formeller Vollstreckbarkeit ist Voraussetzung für die Erteilung der Vollstreckungsklausel.

a) Dem rechtskräftigen Urteil ist die formelle Vollstreckbarkeit ipso jure, d. h. ohne dass es einer ausdrücklichen Anordnung des Gerichts bedürfte, eigen. Sie ist Attribut der Rechtskraft[1], jedoch nicht durch sie bedingt: denn wir haben formelle Vollstreckbarkeit ohne Rechtskraft in den §§ 648ff., 702 Ziff. 3[2], wie sich auch im Strafprozess in einzelnen Fällen Vollstreckbarkeit vor Eintritt der Rechtskraft findet[3]. Das rechtskräftige Urteil ist und bleibt der vollstreckbare Titel κατ' ἐξοχήν.

Kann auf die formelle Vollstreckbarkeit des rechtskräftigen Urteils mit der Wirkung verzichtet werden, dass sie zusammenbricht? Nein. Ein solcher Verzicht ist ebenso unzulässig wie der Verzicht auf die Rechtskraft[4]. Die formelle Vollstreckbarkeit ist hier nichts als ein Ausfluss der der Parteidisposition entrückten formellen Rechtskraft, unterliegt daher auch denselben Regeln wie diese. Und so wenig eine Aufhebung der formellen Rechtskraft aus irgend welchem andern Grunde denkbar ist — denn die Thatsache des Eintritts der formellen Rechtskraft lässt sich ex post nicht beseitigen —, so wenig ist eine unmittelbare Aufhebung der formellen Vollstreckbarkeit des rechtskräftigen Urteils möglich[5]. Wie aber die materielle Rechtskraft des früheren Urteils aufgehoben, d. h. das dem Kläger rechtskräftig Zuerkannte durch eine spätere Entscheidung ihm wieder entzogen werden kann, so wird auch das rechtskräftig zugesprochene Vollstreckungs-

---

[1] Wach I S. 75 Ziff. 1; Planck II § 143 (S. 476, 477); Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis S. 111ff. (§ 29); Dernburg, Preuss. Privatrecht I § 135 Ziff. 2; Förster-Eccius I § 56.

[2] Weshalb es gänzlich unrichtig ist, wenn die Reichsgerichtsentscheidung vom 28. Juni 1886 (oben S. 11) sagt: vollstreckbar sei so viel wie unanfechtbar.

[3] Kroschel, Gerichtssaal Bd. 53 S. 409.

[4] Den richtigen Grundsatz der Unzulässigkeit des Rechtskraftsverzichts hat, zufolge der Ausführungen Bülow's im Arch. f. civ. Prax. Bd. 83 S. 1ff., auch das Bürgerl. Gesetzbuch in Abweichung vom § 191 Abs. 1 des Entw. I stillschweigend adoptiert; vgl. Planck, Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch S. 39, 40. Wäre ein solcher Verzicht zulässig, so würde er auch die formelle Vollstreckbarkeit beseitigen (Bülow a. a. O. S. 13 Anm. 17).

[5] Kohler, Arch. f. civ. Pr. Bd. 72 S. 38 (ges. Beitr. S. 492): das Urteil ist ein vollstreckbarer Titel und bleibt ein solcher, auch wenn der Anspruch untergegangen ist.

recht durch eine solche später über den Hauptanspruch ergehende Gegenentscheidung dem Kläger wieder genommen (vgl. unten § 6 Ziff. 1 c).

b) Vorläufig vollstreckbare Urteile. — Die vorläufige Vollstreckbarkeit hat, wie sich aus § 3 Ziff. 3 ergiebt, ihre wesentliche und eigenartige Bedeutung in dem Eintritt der forformellen Vollstreckbarkeit vor Beginn der Rechtskraft. Hier findet, anders als bei den rechtskräftigen Urteilen (oben Ziff. a), die ausdrückliche Anordnung der Vollstreckbarkeit durch den Richter statt: „Vollstreckbarkeitserklärung“ [1]. Die Aufhebung der vorläufigen Vollstreckbarkeit (§ 655) erfolgt[2] entweder für sich allein oder in Verbindung mit der Entscheidung in der Hauptsache, regelmässig durch das höhere, nur beim Einspruch durch das Instanzengericht, und zwar wird hier mit der späteren Entscheidung die formelle Vollstreckbarkeit als solche beseitigt (§ 655 v. v. „tritt ausser Kraft“), so dass also später vorgenommene Vollstreckungshandlungen ipso jure nichtig sind und auch eine Kostenfestsetzung auf Grund des früheren Urteils, beim nunmehrigen Mangel eines vollstreckbaren Titels im Sinne des § 98, nicht mehr erfolgen kann.

c) In § 655 Abs. 1 haben wir zugleich, da diese Entscheidung, wie oben S. 20 ff. (bes. S. 20 Anm. 4) gezeigt, nach der Civilprozessordnung eine vollstreckbare ist, den interessanten Fall eines vollstreckbaren Urteils, welches weder rechtskräftig noch vorläufig vollstreckbar ist. Dass die Entscheidung des § 655 Abs. 1 mit formeller Vollstreckbarkeit ausgestattet werden wollte, ergiebt sich aus den Motiven. Es führen nämlich dieselben zu §§ 640, 641 des Entw. (= §§ 691, 692 C.P.O.)[3] aus: als vollstreckbare Entscheidungen sollen auch die in § 607 des Entw. (= § 655 Abs. 1 C.P.O.) genannten Entscheidungen gelten, denn sofern rücksichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urteils jede das Urteil oder die Vollstreckbarkeit aufhebende Entscheidung sofort und ohne weiteres wirke, sei diese Entscheidung eben vollstreckbar.

---

[1] §§ 655 Abs. 1, 639 Abs. 1.

[2] Hievon ist zu unterscheiden die zeitweise Suspendierung der vorläufigen Vollstreckbarkeit im Sinne des § 657 vgl. mit § 647. Kohler, Proz. als R.V. S. 114 Anm. 2.

[3] Hahn S. 442.

Zur Rückgängigmachung der infolge der Vollstreckung eingetretenen Befriedigung des Gläubigers bedarf es nach § 655 Abs. 2 einer besonderen Verurteilung zur Rückerstattung und diese Entscheidung unterliegt hinsichtlich der formellen Vollstreckbarkeit den allgemeinen Regeln.

d) Was die formelle Vollstreckbarkeit der übrigen vollstreckbaren Titel[1] betrifft, so ist auch hier selbstverständlich, dass dieselbe nichts anderes als das formelle Recht zur Zwangsvollstreckung bedeutet[2]. Es wird hier wohl auch niemand behaupten wollen, dass ein Prozessvergleich, der lediglich Feststellung eines Rechtsverhältnisses enthält, als „vollstreckbarer Titel" für den Berechtigten irgend welche rechtskraftähnliche Wirkungen habe. Und doch schreckt man vor dieser Ansicht beim vorläufig vollstreckbaren Feststellungsurteil nicht zurück![3] —

Wie das Vollstreckungsrecht nur durch den vollstreckbaren Titel hindurch zur Entstehung kommt, so ist auch seine Fortdauer an dessen Vorhandensein geknüpft: ohne den urkundlichen Nachweis der Vollstreckungsbefugnis cessiert das Recht der Anrufung der staatlichen Organe zum Zweck der Durchführung der Zwangsvollstreckung.

Mit dem völligen Verlust der Urkunde, mit der endgiltigen Unmöglichkeit ihrer Produktion und Rekonstruktion, entfällt zwar keineswegs der materielle Anspruch, wohl aber das Vollstreckungsrecht und ist der Gläubiger, da die Civilprozessordnung ein Vollstreckungsurteil auf Grund eines liquiden Anspruchs nicht kennt[4], auf die Erhebung einer neuen Klage aus dem unterliegenden Rechtsverhältnis angewiesen.

Aus diesem Grunde erscheint als besonders wichtig die Anerkennung der Richtigkeit des Satzes[5], dass nach heutigem Recht das Klagrecht durch die Klagerhebung nicht konsumiert wird,

---

[1] Ueber die landesrechtlich zugelassenen Titel s. Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 706.

[2] Reichsgerichtsentsch. Bd. 35 S. 360; vgl. auch David S. 32 und 33 (Vollstreckbarkeit die einzige Wirkung, worin rechtskräftiges Urteil und vollstreckbare Urkunde zusammentreffen).

[3] S. oben S. 18,

[4] S. unten § 5 Ziff. 2.

[5] Bekanntlich sehr bestritten. Wie hier: Dernburg, Preuss. Privatrecht § 137 in und zu Anm. 2; Pandekten § 163 Ziff. 1; Entsch. des Reichsgerichts Bd. 16 S. 435 (s. auch unten § 8 a. E., S. 75).

welchen Grundsatz auch § 191 des I. Entw. des B.G.B.[1] adoptiert hatte. Es besteht in der That kein Grund, z. B. dem Gläubiger, welchem der Vollstreckungsbefehl verloren ging, den wiederholten Zugang zum Gericht, behufs Erlangung eines neuen Vollstreckungsrechts zu versperren[2].

§ 5.

Materielle Vollstreckbarkeit (Vollstreckungsfähigkeit und Vollstreckungsanspruch).

Die Vollstreckbarkeit in ihrer materiellen Richtung bildet, wie bereits oben angedeutet, den Gegenstand der Betrachtung in zweierlei Richtungen:

1. als Vollstreckungsfähigkeit des Inhalts einer Entscheidung;
2. als die durch den Hinzutritt der formellen Vollstreckbarkeit zu dem vollstreckungsfähigen Anspruch für den Gläubiger entstehende Befugnis zur Vollstreckung, die materielle Vollstreckbarkeit in Sachen des Vollstreckungsanspruchs. —

1. Dass Vollstreckungsfähigkeit des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs grundsätzlich als Voraussetzung des vollstreckbaren Titels gedacht ist, tritt bei den Bestimmungen der Civilprozessordnung über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urteile klar zu Tage und zeigt sich auch bei den in § 702 genannten, vollstreckbaren Titeln.

Für die vorläufig vollstreckbaren Urteile ergiebt sich die Richtigkeit des ausgesprochenen Satzes aus den bereits (S. 16 ff.) dargelegten historischen Gründen, wonach der alleinige Zweck dieses Rechtsinstituts die Vorwegnahme der Zwangsvollstreckung ist, in Verbindung mit den positiven Bestimmungen der Civilprozessordnung, wie sie unten im Anhang II näher erläutert sind.

Bei den vollstreckbaren Titeln des § 702 sind es die in Ziff. 4 und 5 genannten, welche ausdrücklich vollstreckungsfähige Leistungen voraussetzen, nämlich die Zahlung oder Leistung be-

[1] In 2. Lesung aus dem Bürgerl. Gesetzbuch in die Prozessordnung verwiesen; Reatz, Die 2. Lesung des Entw. Bd. 1 S. 98.

[2] Die Motive zu § 191 (Bd. I S. 376) heben diesen Gesichtspunkt ausdrücklich hervor.

stimmter Fungibilien (vgl. §§ 639, 628 Abs. 1). Für die übrigen in § 702 genannten Titel folgt dasselbe daraus, dass die Eingangsworte dieses Paragraphen lauten: „die Zwangsvollstreckung findet ferner statt aus . . .“ Es können also nur Entscheidungen gemeint sein, welche einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Inhalt haben.

Die Vollstreckungsfähigkeit des Urteils ist selbstverständlich in thesi, nicht in hypothesi gemeint, d. h. ein vollstreckungsfähiges Urteil liegt trotzdem vor, dass der im Urteil angeordneten Leistung Hinderungsgründe thatsächlicher Art entgegenstehen. Die nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Leistung alteriert den Charakter des Urteils als eines vollstreckbaren nicht. Trotz des vom Schuldner behaupteten Untergangs der Sache kann der Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren die Ableistung des Offenbarungseids von ihm verlangen (§ 769). — Noch weniger ist die Vollstreckungsfähigkeit des Urteils dadurch ausgeschlossen, dass die zu vollstreckende Leistung betagt, bedingt oder von einer Gegenleistung abhängig ist.

Nicht vollstreckungsfähig in diesem Sinn sind dagegen:

a) Alle solche Entscheidungen, welche lediglich eine Feststellung enthalten. Hiezu gehören auch die klagabweisenden und die ein Rechtsmittel aus formellen Gründen verwerfenden Urteile[1]: denn die Klagabweisung enthält jedesmal eine Feststellung, Verneinung, sei es einer Prozessvoraussetzung oder des materiellen Anspruchs, oder des Feststellungsinteresses, oder igend eines andern, zur Erreichung eines obsiegenden Urteils notwendigen Erfordernisses (formrichtige Zustellung der Klage, Einhaltung von Form und Frist der Rechtsmitteleinlegung u. s. f.).

Bei den, das Rechtsmittel aus materiellen Gründen zurückweisenden Urteilen dagegen bestimmt sich die Zugehörigkeit zu der einen oder andern Urteilskategorie nach dem Inhalt des angefochtenen Urteils; denn trotz ihrer äusserlich als Feststellung erscheinenden Form, sind sie, wie dies bezüglich des Einspruchs

---

[1] Rocholl a. a. O. S. 379: „Die Feststellung der Rechtsverhältnisse erfolgt notwendig schon in der Dezisive des kondemnatorischen oder absolutorischen Urteils.“ Vgl. Weismann, H.I. § 13 Ziff. I, 2 u. 4, § 21 Ziff. V. — Andeutungen auch bei Wach, Handbuch S. 14 Anm. 5; Feststellungsanspruch S. 37: „man drehe die Rollen im Leistungsprozesse um, so hat man negativen Feststellungsstreit.“

in § 308 zu Tage tritt, ihrem Wesen nach Bestätigung des ersten Urteils. —

Hieraus folgt, dass diese letzteren Urteile unter Umständen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können (nämlich wenn die Bestätigung sich auf eine vollstreckungsfähige Vorentscheidung bezieht), während die das Rechtsmittel verwerfenden in dieser Beziehung den klagabweisenden Urteilen gleich zu behandeln sind[1].

b) Den Feststellungsurteilen stehen gleich die sog. konstitutiven Urteile. Die neuere Lehre[2] versteht hierunter diejenigen Urteile, deren Wesen darin besteht, dass der von einer Partei begehrte Erfolg sofort mit Eintritt der Rechtskraft ohne Vollstreckungshandlung rechtswirksam hergestellt wird. Hieher gehört beispielsweise: Scheidung der Ehe, Aufhebung der Entmündigung, des Schiedsspruchs[3], Verweisung des Rechtsstreits von dem unzuständigen an das zuständige Gericht[4]. Diese konstitutiven Urteile[5] unterscheiden sich im wesentlichen von den Feststellungsurteilen dadurch, dass die Rechtsbeziehungen der Parteien für die Zukunft in einer von dem bisherigen Zustande abweichenden Weise geregelt werden sollen, während die Feststellungsklage und die auf solche ergehenden Urteile eine solche Neuordnung der Verhältnisse nicht bezwecken, sondern dieselbe höchstens unfreiwillig erreichen[6].

c) Endlich sind nicht vollstreckungsfähig solche Urteile, die,

---

[1] Eine andere Frage ist, ob die Partei in II. Instanz die vorläufige Vollstreckbarkeit für die erste Entscheidung durchsetzen kann, falls sie solche bei dem Unterrichter nicht beantragt hatte, welche Frage wir (mit dem Kammergericht, Z. f. C.P. Bd. 14 S. 154, Seuffert's Arch. Bd. 42 No. 150) verneinen würden.

[2] S. Wach I S. 12; Dernburg, Preuss. Privatrecht § 135 Ziff. 4; Pandekten § 161 Anm. 4; Förster-Eccius § 56 Ziff. 1; Wilmowski-Levy, Anm. 1 u. 6 zu § 231; Fitting § 76 Ziff. 4; Motive zu Entw. I des Bürgerl. Gesetzbuchs I S. 369; Kipp S. 56 ff.

[3] Wäre zu demselben ein Vollstreckungsurteil erlassen, so kommt das oben S. 20 ff. Bemerkte in Betracht, d. h. die Aufhebung des Schiedsspruchs ist in diesem Fall eine kondemnatorische Entscheidung.

[4] Wodurch gemäss § 249 Abs. 2, § 466 Abs. 2 Rechtshängigkeit bei dem letzteren begründet wird.

[5] Gehört zu ihnen auch das Urteil des § 779? Darüber s. unten S. 45.

[6] Mit andern Worten das unrichtige Feststellungsurteil ist ein konstitutives Urteil (vgl. unten § 7).

obwohl auf Verurteilung gerichtet, wegen der Unbestimmtheit oder der Unmöglichkeit ihrer Vollziehung (diese jedoch nicht in rein thatsächlichem Sinn gedacht, s. oben S. 29) zur Vollstreckung sich nicht eignen[1]. Es wäre wohl nicht richtig, anzunehmen, es liege hier nur ein thatsächliches, kein rechtliches Hindernis der Vollstreckbarkeit vor[2]. Denn wenn ein Urteil ergangen wäre, dessen gänzliche Undurchführbarkeit aus in dem Urteilsinhalt liegenden Gründen sich ergeben würde[3], so könnte insoweit weder von materieller Rechtskraft noch von Vollstreckbarkeit gesprochen werden[4].

Während die Nichtvollstreckbarkeit der im vorstehenden genannten Entscheidungen eine absolute, aus der Natur der Sache selbst sich ergebende ist, finden sich relativ vollstreckungsfähige Urteile vor, d. h. solche, bei welchen die Rechtsordnung, obwohl ihr Inhalt an sich der Vollstreckung zugänglich wäre, von einer Vollstreckung absieht, indem sie den Verzicht auf Ausübung der staatlichen Zwangsgewalt aus ethischen oder praktischen Gründen für angezeigt hält und aus diesem Grunde dem Gläubiger den Rechtsschutz in der Form der zwangsweisen Verwirklichung versagt. Hieher gehören die Bestimmungen der §§ 774 Abs. 2 und 779, wovon unten in § 7 gehandelt werden wird.

2. Die Zwangsvollstreckung steht der Natur der Sache nach durchaus im Dienste des materiellen Anspruchs, den zu verwirklichen sie bestimmt ist (s. o. § 1). Treffend sagt Wach[5]: „Das

---

[1] Planck II § 171.

[2] Gaupp, Bem. I, 3 zu § 644.

[3] Der gemeinrechtliche Prozess behandelte Urteile, die auf Unmögliches gerichtet sind, als nichtig: Keller-Wach, Römischer Civilprozess S. 318; Wetzell, Civilprozess § 60 zu Note 100 ff. (S. 80).

[4] Ein lehrreiches Beispiel eines solchen, materiell unwirksamen Urteils findet sich in der Z. f. C.P. Bd. 15 S. 39; der (unseres Erachtens in II. Instanz unrichtig entschiedene) Rechtsstreit endigte mit der Verurteilung des Beklagten zur Anerkennung eines „am 22. Juni 1885 geborenen", in Wahrheit aber gar nicht existierenden Kindes, da das fragliche Kind am 22. Juni 1884 geboren war. Dieser Teil der Entscheidung war ohne jede materielle Rechtskraft (die in Rechtskraft erwachsende Verurteilung zur Leistung der Alimente für das nicht existierende Kind freilich für den Beklagten sehr schmerzlich, zumal wenn die Klägerin, was ihr freistand, für das im Jahr 1884 geborene Kind nachträglich einen andern als Vater in Anspruch nahm).

[5] Feststellungsanspruch S. 19; vgl. auch Kohler, Arch. f. civ. Prax. Bd. 80 S. 196 ff., 230 ff.

Axiom, von dem wir in dem heutigen Rechtszustande auszugehen haben, ist der Satz: alles was das Civilrecht, die gesetzliche Ordnung des Gemeinschaftlebens der einzelnen unter einander will, das muss, weil das Gesetz und wie das Gesetz es will, durchsetzbar sein."

Die Voraussetzungen des Vollstreckungsrechts sind, wie die geschichtliche Betrachtung ergiebt, je nach dem Standpunkt des Gesetzgebers durchaus verschiedenartige[1]. Die pignoris capio und manus injectio des römischen Rechts[2], das germanische Fehderecht[3] sind Formen zulässiger Privatvollstreckung, und zahlreich sind die Arten der Verträge, wodurch im Mittelalter das Recht zu solcher unter den Parteien festgesetzt werden konnte[4].

Der ausgebildeten Rechtsordnung würde eine solche Regelung nicht entsprechen.

Abgesehen von den Fällen der angriffsweisen berechtigten Selbsthilfe, welche übrigens nach dem B.G.B. §§ 229, 230 teilweise als Vorbereitung der gerichtlichen Zwangsvollstreckung erscheinen, besteht nach unserm Recht, bevor ein vollstreckbarer Titel gegeben ist, keinerlei auf die Zwangsvollstreckung bezügliches Recht des Gläubigers gegenüber dem Schuldner: dem materiellen Anspruch an sich kommt, soweit er einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Inhalt hat, zunächst nur die Fähigkeit zu, als Grundlage eines vollstreckbaren Titels zu dienen[5]; erst in dem letztern entsteht für den Gläubiger das Recht, seinen Anspruch im Zwangswege zu verwirklichen[6].

Die Zuerkennung des Vollstreckungsrechts erfolgt nach der Civilprozessordnung für die Regel nicht selbständig, d. h. ab-

---

[1] Kohler, Arch. f. civ. Pr. Bd. 72 S. 1 ff., 39 (Ges. Beiträge S. 459 ff., 493); Prozess als Rechtsverhältnis S. 113 ff.; David S. 1 u. 2.

[2] Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. I S. 118 ff., bes. S. 150 ff.

[3] Stobbe, Deutsches Privatrecht I § 70 zu Anf.

[4] Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 52 ff.

[5] Diese Fähigkeit bildet einen Teil der Reaktionskraft des Anspruchs, welcher z. B. der römischen naturalis obligatio abgeht. Kohler, Recht und Prozess §§ 5 und 6 (Ges. Beitr. S. 13, Grünhut's Zeitschr. Bd. 14 S. 1 ff.). — Der im voraus ausgesprochene Verzicht auf die Vollstreckung wäre Verzicht auf ein zukünftig zur Entstehung kommendes Recht.

[6] Kohler, Prozess als Rechtsverhältniss S. 114, 115: „ein jeder hat die Befugnis zu klagen; anders die Vollstreckung: nicht ein jeder hat die Befugnis zu vollstrecken."

getrennt von der Entscheidung über den materiellen Anspruch; doch kommen Ausnahmen vor, wobei das Vollstreckungsrecht den alleinigen Gegenstand der Entscheidung bildet, s. z. B. §§ 656, Abs. 1, 661, 667, 868, und eine antizipierte Zwangsvollstreckung, bei welcher der Anspruch wenigstens für die Regel glaubhaft gemacht sein muss, stellt das Arrestverfahren (§§ 796 ff.) dar.

Im übrigen giebt es, selbst bei liquiden und anerkannten Forderungen, kein Verfahren, wodurch die Begründung des Vollstreckungsrechts ohne gleichzeitige Einführung des Anspruchs in den Prozess bezw. in das zu dessen Abschneidung bestimmte gerichtliche Verfahren des § 471 (vgl. mit § 702 Ziff. 2), möglich wäre[1]. Selbst das gerichtliche Anerkenntnis ersetzt, wenn der Kläger die Exekutionsbefugnis will, einen richterlichen Ausspruch über das materielle Recht nicht (§ 278)[2]. Ganz entsprechend ist auch eine Begründung der Vollstreckungsbefugnis durch Vertrag (§ 702 No. 5) zu Gunsten einer bereits vertragsmässig festgelegten Forderung nur im Weg einer Erneuerung des Vertrags, nicht durch blossen Vertrag über die Exekutionsbefugnis aus dem früheren Vertrag möglich[3].

Die Civilprozessordnung schiebt also zwischen den Anspruch und die Vollstreckung ein Drittes ein: der Gläubiger wird genötigt, vor Beginn der Zwangsvollstreckung einen vollstreckbaren Titel (s. § 4) beizubringen und sich auf diese Weise über sein Vollstreckungsrecht formell zu legitimieren.

Welche Wirkung nun die Erreichung der formellen Vollstreckbarkeit für den Gläubiger hat, ist im folgenden nachzuweisen, und zwar soll es geschehen unter Zugrundelegung des wichtigsten Falles, nämlich des richterlichen Urteils.

Wo die Vollstreckungsbefugnis von der zuvorigen Erwirkung eines Richterspruchs abhängt, da übernimmt der Staat die Verpflichtung, jedem, der eine Leistung zu fordern hat, den Zugang zu dem Gericht behufs Erreichung jener Befugnis zu eröffnen. Dieser Anspruch gegen den Staat auf Zuerkennung des Voll-

---

[1] Kohler, Arch. f. civ. Pr. Bd. 72 S. 2 ff. (Ges. Beitr. S. 460 ff.)

[2] Motive zu §§ 267, 268 des Entw. (Hahn S. 285); Wach, Feststellungsanspruch S. 23. — Anders bekanntlich im römischen Recht, Keller-Wach, Röm. Civilprozess § 73.

[3] Kohler, Prozessrechtliche Verträge und Kreationen § 8 a. E. (Ges. Beitr. S. 183, 184; aus Gruchot's Beiträgen Bd. 31, S. 276 ff., 481 ff.)

streckungsrechts ist öffentlich-rechtlicher Natur[1]. Diese Zuerkennung selbst erfolgt durch das rechtskräftige oder vorläufig vollstreckbare Urteil, den Vollstreckungsbefehl und die der Beschwerde unterliegenden Entscheidungen. Zweifellos ist nun[2], dass durch die eben genannten Richterakte für den Kläger statt des bisherigen, rein publizistischen Rechts auf Erwirkung der Exekutionsbefugnis ein konkreter Anspruch gegen den Staat auf Beihilfe zur Verwirklichung des klägerischen Rechts in Gemässheit der gesetzlichen Exekutionsordnung geschaffen wird, wobei indessen der Staat nicht von amtswegen, sondern nur auf jedesmaligen Parteiantrag eingreift.

Dagegen ist nicht unbestritten, ob durch jene Richtersprüche für den Gläubiger im Verhältnis zum Schuldner ein Anspruch auf Zwangsvollstreckung oder nur etwa eine „prozessuale Situation“[3], innerhalb welcher dem Gläubiger das zwangsweise Vorgehen gegen den Schuldner rechtlich zusteht, existent wird.

Soviel ist sicher, dass, wenn man sich für den „Anspruch“ erklärt, dieser kein materiell-rechtlicher, sondern ein prozessualer ist.

Ersteres war bekanntlich die Auffassung des römischen Rechts, welches die novationsmässige Umwandlung des Anspruchs auf dare facere oportere in judicatum facere oportere, die Neubegründung einer obligatio ex judicato annahm[4]. Diese Auffassung ist dem heutigen Recht fremd. Die Vollstreckungsbefugnis ist uns etwas zu dem ursprünglichen Anspruch hinzutretendes[5], wodurch der materielle Anspruch gestärkt, zu seiner zwangsweisen Bewährung kräftig gemacht werden soll. Für diese

---

[1] Laband, Staatsrecht II S. 332, 333 (3. Aufl.); Wach, Feststellungsanspruch S. 15 ff. — Das Bestehen derartiger Ansprüche gegen den Staat wird von Kohler, Prozessrechtliche Forschungen S. 71 ff. mit Unrecht bestritten. Der Staat ist verpflichtet, in Gemässheit der gesetzlichen Vorschriften dem rechtssuchenden Gläubiger zu Hilfe zu kommen; seiner Pflicht entspricht das Recht der rechtssuchenden Partei (Art. 77 R.V.).

[2] Zum folgenden vgl. L. Seuffert in Grünhut's Zeitschrift Bd. 12 S. 617 ff.; Bülow, civ. Arch. Bd. 83 S. 121; Planck II S. 606; Wach, Feststellungsanspruch S. 15 ff.; Vorträge S. 300, 301; Weismann, H.I. § 12.

[3] Ueber prozessuale Situationen s. Kohler an dem S. 33 Anm. 3 angef. Ort § 13 (ges. Beitr. S. 219); Proz. als R.V. S. 62 ff.

[4] Gaius III § 180; l. 8 § 3 D. de nov. (46, 2).

[5] Wach, Feststellungsanspruch S. 18 („Nebenrecht“).

Vollstreckungsbefugnis wirkt der richterliche Akt konstitutiv[1]. Sie ist eine prozessuale, denn sie begrenzt sich durch das Prozessgesetz und führt ihr Leben lediglich in prozessualer Bethätigung.

Es wäre verkehrt, wollte man das Vorhandensein eines „Vollstreckungsanspruchs" lediglich damit zu stützen suchen, dass er durch Vertrag begründet werden könne, oder dass ein Verzicht darauf möglich sei, oder dass er den Gegenstand selbständiger Klage oder urteilsmässiger Entscheidung bilden könne (s. S. 33 oben, auch § 781 Abs. 2). Denn vertragsmässige Begründung und vertragsmässiger Verzicht findet sich auch bei prozessualen Situationen, und nicht allein die Thatsache, dass diese letzteren selbst unter Umständen zum Gegenstand eines Rechtsstreits gemacht werden können[2], sondern auch andere Fälle, wie z. B. die Klage auf Feststellung der Echtheit und Unechtheit einer Urkunde[3], beweisen, dass die Aufstellung des oft wiederholten Lehrsatzes: keine Klage ohne Anspruch (oder gar: ohne privatrechtlichen Anspruch) nicht zu billigen ist[4].

Aber ebensowenig entscheidet gegen den Anspruch die Erwägung, es lasse sich keine diesem Anspruch entsprechende Pflicht, etwa auf Duldung der Zwangsvollstreckung denken, vielmehr würde diese Pflicht mit der materiellen obligatio durchaus zusammenfallen[5]. Denn jene Pflicht auf Duldung der Zwangsvollstreckung besteht ohne allen Zweifel[6] sowohl dem Staat (§ 113 Abs. 1 Str.G.B.) als dem Gläubiger gegenüber, zu dessen Gunsten das jener Pflicht entsprechende Recht durch § 288 Str.G.B. geschützt ist. Spricht doch auch der § 781 Abs. 2 von einer Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseids, deren Erfüllung doch offenbar nicht Erfüllung des materiellen Anspruchs ist. Und es wird im folgenden des weiteren gezeigt werden, dass das durch den vollstreckbaren Titel geschaffene Vollstreckungsrecht im Verhältnis zu dem unterliegenden materiellen Anspruch trotz des accessorischen Verhältnisses, worin

[1] Weismann, H.I. § 12 Ziff. 4 (S. 46).

[2] S. unten S. 66 Anm. 3.

[3] Sie ist „nicht Klage für einen Rechtsstreit über materielles Recht, sondern über ein Beweismittel". Wilmowski-Levy, Anm. 2 zu § 231.

[4] Vgl. auch unten in Anhang I S. 80.

[5] Seuffert a. a. O.

[6] Weismann, H.I. § 12.

es nach seiner innern Zweckbestimmung zu jenem steht, doch einen eigenartigen Inhalt hat, für die Parteien einen besondern Rechte- und Pflichtenkreis begründet.

Den Vollstreckungsanspruch aber müssen wir uns denken, nicht als das Recht des Gläubigers auf Verwirklichung des Inhalts seines materiellen Anspruchs im Weg der Zwangsvollstreckung — dieser Erfolg der Zwangsvollstreckung wäre in der That nichts anderes als die Befriedigung des materiellen Anspruchs selbst —, sondern vielmehr als das dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner zustehende Recht, die Zwangsvollstreckung behufs der Verwirklichung des ihm Zuerkannten nach Massgabe der gesetzlichen Vorschriften gegen den Schuldner durchzuführen, woneben das publizistische Recht des Gläubigers gegen den Staat auf Durchführung der Zwangsvollstreckung[1] bestehen bleibt.

§ 6. (Fortsetzung.)

Verhältnis des Vollstreckungsanspruchs zum materiellen Anspruch. Verhältnis zwischen formeller und materieller Vollstreckbarkeit.

I. Es ist bereits gesagt worden, dass der Vollstreckungsanspruch sich zum materiellen zwar accessorisch verhält, trotzdem aber einen eigenartigen Inhalt hat.

1. Fassen wir zunächst das erwähnte accessorische Verhältnis ins Auge, so ergiebt sich folgendes:

a) Die Begründung des Vollstreckungsrechts ohne materiellen Anspruch durch richterliches Urteil ist infolge der oben S. 33 geschilderten Gestaltung unseres Prozessrechts undenkbar[2], da selbst, wenn die Parteien nur das erstere Recht wollten, doch gleichzeitig über den in judicium deduzierten Anspruch entschieden werden müsste. Die vertragsmässige und vergleichsweise Einklei-

[1] Oben S. 34.

[2] Man könnte hiegegen einwenden, dass das sachlich unrichtige Urteil des Unterrichters keinen materiellen Anspruch zur Grundlage habe und doch ein giltiges Pfändungspfandrecht erzeuge (Kohler, Recht und Prozess § 11, Ges. Beiträge S. 32, 33). Allein jenes Urteil wirkt für den materiellen Anspruch solange konstitutiv, bis es wieder aufgehoben ist. Das Vollstreckungsrecht wird nur für die wenn auch irrtümlich als bestehend vorausgesetzte Forderung begründet, s. Weismann, H.I. § 13 Ziff. 3, bes. Anm. 29.

dung eines nicht bestehenden (fingierten) Anspruchs in die Form eines vollstreckbaren Titels würde zwar formell ein wirksames Vollstreckungsrecht begründen, jedoch soweit unzulässige Zwecke damit verfolgt werden, nach den Grundsätzen, welche bei der Simulation oder dem in fraudem legis agere gelten, anzufechten sein[1].

b) Unzulässig wäre Abtretung des Vollstreckungsrechts ohne den materiellen Anspruch, während mit der Cession dieses Anspruchs zugleich jenes erstgenannte Recht übergeht[2]. Dagegen steht einem selbständigen Verzicht auf die Ausübung des Vollstreckungsrechts[3] nichts entgegen[4]. Ein solcher Verzicht ist in dem Verzicht auf den materiellen Anspruch von rechtswegen enthalten; er wäre auch mit dem Verzicht auf die Rechtskraft gegeben, falls solcher zulässig wäre[5].

c) Ist der materielle Anspruch betagt oder bedingt, so gilt dasselbe auch vom Vollstreckungsanspruch (§§ 664, 672; auch § 691 No. 4). Ist der Anspruch befriedigt, so erlischt auch der Vollstreckungsanspruch (vgl. § 691 Nr. 4 und 5). Wird das Vollstreckungsrecht zum Gegenstand eines Vertrags unter den Parteien gemacht, z. B. in der Weise, dass einzelne Vermögensgegenstände oder Gruppen von solchen der Vollstreckung entzogen sein sollen, oder dass die Zwangsvollstreckung nur bis zu einem gewissen Stadium durchgeführt werden darf („Gegenvertrag"), so ist der Inhalt dieser Abrede für den Umfang des materiellen Vollstreckungsrechts massgebend[6]. Tritt an die Stelle einer Entscheidung, wodurch der zu vollstreckende Anspruch zugesprochen wurde, eine andere, wodurch derselbe aberkannt wird („Gegenentscheidung"), so wird damit dem Voll-

---

[1] Kohler, civ. Arch. Bd. 80 S. 141 ff.

[2] Letzteres folgt aus allgemeinen Grundsätzen: Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 50 No. 2.

[3] Auch vor der Urteilserlassung, s. oben S. 32 Anm. 5.

[4] Die Unzulässigkeit des Verzichts auf Zuerkennung des (definitiven) Vollstreckungsrechts ergiebt sich aus der Natur der Sache. — Ausnahmsweise Unzulässigkeit eines Verzichts auf vorläufige Vollstreckbarkeit: § 648. Hier ist der Wille des Klägers, ein vollstreckbares Urteil zu erhalten, so sehr die Regel, dass auf einzelne Ausnahmefälle keine Rücksicht genommen zu werden braucht (v. Amsberg in den Komm. Prot. S. 335; Hahn S. 799).

[5] Hierüber s. oben S. 25 Anm. 4.

[6] Auch eine vertragsmässige Erlassung des Offenbarungseids erscheint uns (gegen Kohler, Ges. Beitr. S. 173) als zulässig.

streckungsrecht aus der ersten Entscheidung der Boden entzogen (§ 691 Nr. 1)[1].

Und zwar ist die Wiederaufhebung der materiellen Vollstreckbarkeit möglich einmal durch Aufhebung der ihr zu Grunde liegenden materiellen Entscheidung, durch eine Gegenentscheidung, sofern diese den Anspruch des früheren Klägers auf Leistung überhaupt verneint (z. B. nach §§ 542 ff.); oder aber indem der Beklagte mit Erfolg klageweise den Einwand erhebt, dass aus irgend welchen nach dem ersten Urteil entstandenen Gründen die Vollstreckung ihm gegenüber nicht mehr statthaft sei (§ 686).

Diese Vollstreckungsgegenklage des § 686 bezweckt also Beseitigung des Vollstreckungsanspruchs wegen „Causalosigkeit" des Titels[2], sei es im Weg der Feststellungsklage, falls die Zwangsvollstreckung noch nicht begonnen hatte[3], sei es im Weg der Leistungsklage, wenn letzteres der Fall war. Um der Zwangsvollstreckung aus dem ersten Urteil mit Erfolg begegnen zu können, muss das neue Urteil mit formeller Vollstreckbarkeit ausgerüstet sein[4]. Mit der Erlöschung des Vollstreckungsanspruchs infolge der durchgeführten Zwangsvollstreckung fällt auch die Möglichkeit der Klagerhebung nach § 686[5].

In allen diesen Fällen ist die eigentümliche Gestaltung des Verhältnisses möglich, dass — wegen Unkenntnis der wahren Sachlage bei den Vollstreckungsorganen, insbesondere bei der auf Seiten des Schuldners bestehenden Unmöglichkeit der sofortigen Beischaffung seiner Beweismittel — eine Zwangsvollstreckung vorgenommen wird, die der materiellen Sachlage widerspricht, „vitiös" ist. Trotzdem führt sie, infolge des dem Gläubiger durch den vollstreckbaren Titel den staatlichen Vollstreckungsorganen gegenüber unbedingt gewährten Rechts auf die Vollstreckungshandlung, zur rechtswirksamen Begründung von Vollstreckungsmassregeln, insbesondere

[1] Ueber Vollstreckungsgegenvertrag und Vollstreckungsgegenklage vgl. Kohler, Ges. Beitr. S. 164—173, 468 ff.; Derselbe im Arch. f. civ. Prax. Bd. 80 S. 141 ff. (Abt. I und IV).

[2] Kohler, civ. Arch. Bd. 80 S. 145; S. 191 Anm. 1; vgl. Ges. Beitr. S. 470, 472, 490.

[3] Kohler, Ges. Beitr. S. 469; Gaupp (3. Aufl.) Bem. III zu § 686. — Gerichtsstand für diese Feststellungsklage: R.G.E. Bd. 38 S. 428.

[4] S. oben S. 20 ff.

[5] Kohler, civ. Arch. Bd. 80 S. 163; Gaupp a. a. O.

eines giltigen Pfändungspfandrechts, und der Schuldner, der sich hiegegen (nötigenfalls im Weg der Klage gemäss § 686) wehrt, beklagt sich nicht — wie etwa in dem Fall, wenn der Gerichtsvollzieher gegen die Ordnung des Verfahrens verstossen hat — über den Staat und seine Vollstreckungsorgane, sondern über die Nichtübereinstimmung der Zwangsvollstreckung mit dem zu Grunde liegenden civilrechtlichen Anspruch und damit über den ihm im Zwangsvollstreckungsverfahren gegenüber stehenden seine Rechte missbrauchenden Gläubiger[1].

2. Auf der andern Seite deckt sich das Vollstreckungsrecht nicht durchaus mit dem Inhalt des materiellen Anspruchs.

Es geht aus den bereits oben gegebenen Ausführungen hervor, wie die Zwangsvollstreckung in den von ihr angewandten Zwangsmitteln gegenüber dem materiellen Anspruch ihre eigenen Wege geht (§ 1). Zu bemerken ist aber auch noch folgendes:

a) Während der auf Leistung von Fungibilien (insbesondere auf Geldzahlung) gerichtete Anspruch des Gläubigers ideell auf das ganze Vermögen des Schuldners sich richtet, und aus diesem von dem Schuldner jederzeit in voller Höhe befriedigt werden kann, ergreift die Zwangsvollstreckung nicht das ganze Vermögen des Schuldners. Sie macht Halt vor den Kompetenzstücken und den unpfändbaren Forderungen (§§ 715, 749); sie unterliegt ferner eigentümlichen Modifikationen in aktiver und passiver Richtung: zu Gunsten ehelicher Kinder geht sie weiter als für andere Gläubiger (§ 749 Abs. 4)[2]; sie ist eingeengt im Interesse der im Privatdienst dauernd angestellten Personen (§ 749 Abs. 2), der Lohnarbeiter (Ges. vom 21. Juni 1869 Nr. 1)[3] u. s. w.

In allen diesen Fällen zeigt sich der Umfang des Vollstreckungsrechts in seiner Verschiedenheit von dem im materiellen Recht begründeten Anspruch.

b) Sodann kann es vorkommen, dass die Forderung als fällig erscheint und als solche auch vom Richter anerkannt wird, während dagegen das Vollstreckungsrecht bedingt, d. h. von einer Sicherheitsleistung des Gläubigers, oder der Nichtbeibringung einer solchen durch den Schuldner abhängig gemacht ist (§§ 650, 652 Abs. 2).

---

[1] Weismann, H.I. § 12 Anm. 11.

[2] Vgl. jetzt Reichsgesetz vom 29. März 1897 (R.G.Bl. S. 159 Art. 2).

[3] Cit. R.G. Art. 1.

c) Zeitweilig suspendiert ist der Vollstreckungsanspruch gegenüber dem noch nicht wieder zu Kräften gekommenen Schuldner, welcher den Offenbarungseid geleistet, oder die für Erzwingung des Offenbarungseids zulässigen Zwangsmittel über sich hat ergehen lassen (§§ 784, 795 vgl. mit 794), auch gegenüber dem Gemeinschuldner nach § 11 K.O.

d) Ein Erlöschen des Vollstreckungsrechts, bei Fortbestand des materiellen Anspruchs, tritt ein infolge der Erschöpfung der für die betreffende Vollstreckung zur Verfügung stehenden Zwangsmittel[1].

e) Der Vollstreckungsanspruch als solcher ist unverjährbar[2], unterliegt also nicht den Regeln über die Verjährung des der Exekution zu Grunde liegenden civilrechtlichen Anspruchs.

f) In einem besonderen Fall geht der Vollstreckungsanspruch sogar weiter als der materielle Anspruch: wo der sub beneficio inventarii verurteilte Erbe lediglich mit den Erbschaftsstücken haftet, wie im französischen Recht, steht doch nach § 696 dem Erbschaftsgläubiger das Recht zu, das persönliche Vermögen des Schuldners zu pfänden und letzterer wird mit seinen Einwendungen auf den Weg des § 686 verwiesen[3].

g) Das gemeinrechtliche beneficium competentiae ist nach der herrschenden Lehre nicht als Exekutionsprivileg, sondern als civilrechtliche Einrede aufzufassen[4]. Nach der gegenteiligen Ansicht würde von ihm nur der Vollstreckungsanspruch, nicht der materielle Anspruch betroffen werden.

Fassen wir die bisherigen Ergebnisse zusammen, so zeigt sich uns der Vollstreckungsanspruch als ein durch den vollstreckbaren Titel hindurch zu dem materiellen Anspruch hinzutretendes, zu diesem sich accessorisch verhaltendes, im übrigen aber in seinen Voraussetzungen und seinem Inhalt teilweise von diesem abweichendes, somit relativ selbständiges Nebenrecht.

---

[1] Ueber Erschöpfung des „Beugezwangs“ vgl. Kohler, civ. Arch. Bd. 80 S. 258 ff.

[2] Gaupp, Vorbem. V, 2 zum I. Abschn. des 8. Buchs.

[3] Kohler, Prozess als R.V. S. 117; Gaupp, Bem. II zu § 686.

[4] Kohler, Ges. Beitr. S. 21 ff.; Gaupp, Bem. I Anm. 13 zu § 686; Entsch. d. R.G. Bd. 33 S. 378; Mandry, civilrechtl. Inhalt S. 373.

II. Schliesslich wäre noch ein Blick auf das Verhältnis zwischen formeller und materieller Vollstreckbarkeit zu werfen.

1. Ob eine Divergenz zwischen Vollstreckungsfähigkeit und formeller Vollstreckbarkeit im rechtskräftigen Urteil in der Weise möglich ist, dass trotz Vollstreckungsunfähigkeit des Inhalts diese letztere bestünde, ist eine müssige Frage: ist nämlich Vollstreckungsfähigkeit vorhanden, so führt die Rechtskraft auf Anstehen des Gläubigers zur Vollstreckung; fehlt jene, so bleibt es ohne Bedeutung, ob man dem Urteil formelle Vollstreckbarkeit beilegt oder nicht. — Anders liegt die Sache beim vorläufig vollstreckbaren Urteil. Hier, wo die Vollstreckbarkeitserklärung in die Hand des Richters gelegt ist, sind Entscheidungen möglich, die äusserlich mit der Prätension, vollstreckbar zu sein, auftreten (d. h. für vorläufig vollstreckbar erklärt sind), trotzdem sie ihrem Inhalt nach zu einer Vollstreckung nicht geeignet wären. Wie wenig solche Urteile dem wahren Willen des Gesetzes entsprächen, ergiebt sich aus den Ausführungen in § 3 Ziff. III. Die formelle Vollstreckbarkeit würde zu Gunsten des Gläubigers lediglich kein Recht begründen.

2. Dass das Vollstreckungsrecht erst mit dem Vorliegen des vollstreckbaren Titels, mit dem Eintreten der formellen Vollstreckbarkeit zur Entstehung kommt[1], wurde oben S. 33 ff. ausgeführt.

Dagegen braucht die formelle Vollstreckbarkeit nicht in allen Fällen das Vorhandensein eines präsenten Vollstreckungsrechts abzuwarten: es können Urteile rechtskräftig sein oder für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, obwohl die Leistung, die durch sie zuerkannt wird, bedingt oder betagt ist. Dies ist unbestritten und folgt auch insbesondere aus § 2 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879, welches als Voraussetzung des Anfechtungsrechts einen vollstreckbaren Titel und Fälligkeit der Forderung verlangt. Das Verhältnis ist hier so zu denken, dass der formell vollstreckbare Titel geschaffen wird im Hinblick auf die voraussichtlich eintretende Fälligkeit oder Unbedingtheit des Anspruchs und mit der Wirkung, dass der unbedingt oder unbetagt gewordene Anspruch sich zu seiner ungestörten Bewährung nur des bereits im voraus zur Verfügung gestellten Titels zu bemächtigen

[1] Formelle Vollstreckbarkeit ist daher Vorbedingung der materiellen in derselben Weise wie das im Verhältnis von formeller und materieller Rechtskraft zutrifft.

braucht. Dies trifft auch zu für die Fälle, wo die Vollstreckungsbefugnis durch den Richter von einer Sicherheitsleistung des Gläubigers abhängig gemacht ist[1]: es wird eine formell vollstreckbare Entscheidung erlassen, aber die Vollstreckungsbefugnis tritt erst mit der Kautionsleistung ein: durch die Kaution ist die materielle, nicht die formelle Vollstreckbarkeit bedingt[2]; diese eilt jener voraus und bereitet ihr den Boden vor, damit sie sich sofort bethätigen kann. —

Es mag gestattet sein, auch für den Strafprozess noch aufzuzeigen, wie die Vollstreckbarkeit des Urteils, der staatliche Anspruch auf Strafvollstreckung, sich zur Rechtskraft (vorläufig vollstreckbare Urteile giebt es hier ja nicht, doch s. Str.P.O. §§ 325, 326) stellt. Aufhebung der Vollstreckbarkeit des Urteils bei Fortbestand seiner Rechtskraft tritt ein durch gnadenweisen Nachlass der Strafe oder Verjährung der Strafvollstreckung (§§ 70, 71 Str.G.B.). Ein häufig in der Praxis vorkommender Fall ist sodann die (durch Beschluss erfolgende) Aufhebung der Vollstreckbarkeit in Strafurteilen wegen Wehrpflichtverletzung durche solche Deutsche, welche später nordamerikanische Staatsbürger geworden sind, auf Grund der sog. Bankroft-Verträge aus den Jahren 1868—1872[3]. Diese Urteile werden durch Beschluss für „nicht mehr vollstreckbar“ erklärt, wobei also im übrigen die Rechtskraft fortbestehen bleibt[4]. — Dagegen wird durch den während des Laufs der ordentlichen Rechtsmittelfristen erfolgenden Tod des Verurteilten, vom Standpunkt des Suspensiveffekts der Rechtsmittel aus konsequent, nicht etwa bloss der Eintritt der Vollstreckbarkeit, sondern derjenige der Rechtskraft gehindert[5].

---

[1] §§ 650, 652 Abs. 2, § 801 Abs. 2, §§ 647, 657 u. a. m.

[2] Hieraus ergiebt sich, dass die Kostenfestsetzung nach § 98 C.P.O. auch schon dann zulässig ist, wenn ein gegen Sicherheit für vorläufig vollstreckbares Urteil ergangen ist, ohne dass die thatsächliche Leistung der Kaution abgewartet zu werden braucht (Z. f. C.P. Bd. 7 S. 96). Der § 98 setzt eben bloss formelle Vollstreckbarkeit voraus und bedarf es hier der vorherigen Zustellung des Urteils nicht (vgl. noch unten S. 57).

[3] v. Bar, Lehrbuch S. 44.

[4] Anders, wenn nachträglich der Nachweis erbracht wird, dass schon zur Zeit der Urteilsfällung der Verurteilte nordamerikanischer Staatsbürger war; in diesem Fall ist die Verurteilung im Wiederaufnahmeverfahren (§§ 399ff. Str.Pr.O.) durch eine Freisprechung zu ersetzen.

[5] Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Anm. 1 u. 4 zu § 30.

§ 7.

Das Leistungsurteil als das vollstreckbare Urteil; die Urteile aus § 774 Abs. 2 und § 779.

Werfen wir nun die Frage auf: welche Urteile sind es, die vollstreckbar sind? so bieten uns schon die bisherigen Ausführungen genügenden Anhalt, um diese Frage — unter Vorbehalt näherer Bestimmung — dahin zu beantworten, dass jedenfalls die auf Leistung, Duldung oder Unterlassung gerichteten Entscheidungen für den Gläubiger das Recht der Zwangsvollstreckung mit sich führen und somit auch als Grundlage für die formelle Vollstreckbarkeit[1] in Betracht kommen werden.

Die Civilprozessordnung huldigt, wie in § 1 dieser Abhandlung dargelegt wurde, dem Grundsatz der Realexekution in dem Sinn, dass die Vollstreckungshandlungen direkt anf zwangsweise Herbeiführung der geschuldeten Leistung, bezw. des durch die geschuldete Leistung bezweckten Erfolges, also nicht wie im klassischen römischen Recht (nach dem System der pecuniaria condemnatio[2]) auf ein Surrogat jener Leistung, abzielen[3].

Von diesem Grundsatz enthält die Civilprozessordnung, wie bereits bemerkt, zwei Ausnahmsfälle, worin — auf Leistung gerichteten Entscheidungen die Spitze der Zwangsvollstreckung abgebrochen ist, nämlich die Urteile des § 774 Abs. 2 und des § 779.

1. Nach § 774 Abs. 2 dürfen Urteile, die auf Eingehung einer Ehe lauten, überhaupt nicht — und solche, die auf Herstellung des ehelichen Lebens ergehen, nur dann vollstreckt werden, wenn die Landesgesetze die Erzwingung des ehelichen Lebens für zulässig erklären[4]. Ergänzt wird diese Bestimmung durch § 779

---

[1] sowie für das Vollstreckungsurteil (s. den folgenden Paragraphen).

[2] Gaius IV § 48.

[3] Kohler, civ. Arch. Bd. 80 S. 235: jede civilistische Gestaltung, welche das Recht auf specific performance ablehnt oder schwächt, ist nach unserer Kulturanschauung verfehlt; auch S. 241 ff.

[4] In letzterem Fall ist die Zwangsvollstreckung im ganzen Deutschen Reich zulässig. Gaupp, Bem. III, 2 a. E. zu § 774; Jahrb. f. d. Württ. Rechtspflege Bd. 9 S. 192. — Auf solche Urteile allein bezieht sich das in § 644 Abs. 2 enthaltene Verbot der Vollstreckbarkeitserklärung (vgl. oben S. 12 Anm. 4).

Abs. 2, wonach die rechtskräftige Verurteilung zur Eingehung einer Ehe nicht die in § 779 Abs. 1 bezeichnete Wirkung (s. die folgende Ziffer) hat.

2. Ist ein Urteil ergangen, wodurch der Beklagte zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt worden ist, so gilt nach § 779 Abs. 1 die Willenserklärung mit dem Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils, bezw. wenn die Abgabe der Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig ist, mit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils, als abgegeben[1].

Diese beiden Gruppen von Entscheidungen sind an sich vollstreckbar im Sinn von vollstreckungsfähig (s. oben Ziff. 1 in § 5); aber positivrechtlich wird von einer Vollstreckung derselben abgesehen, sodass sie für den Gläubiger ein Vollstreckungsrecht ausnahmsweise nicht begründen.

Diese Ausnahmen werden in den Motiven zu §§ 719—722, 725 besonders gerechtfertigt und zwar, was die erstere Gruppe betrifft, mit dem Hinweis darauf, dass der Zwang zur Eheschliessung dem Wesen der Ehe durchaus widerspreche[2], und zu § 779 Abs. 1 mit der Ausführung, dass der Zwang zur Erklärung den Gläubiger nur aufhalten und den Schuldner ohne Not belästigen würde. Aus diesem Grund sind, so sagen die Motive[3], die Fälle, in denen der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, „der Zwangsvollstreckung gänzlich entzogen, da in Stelle der Erklärung das rechtskräftige Urteil gilt".

Hienach sind jene Urteile nach positiver Bestimmung „vollstreckbar" in dem Sinn, dass sie dem Gläubiger das Recht zur Zwangsvollstreckung gewähren würden, nicht.

Der aus dem zu Grunde liegenden, civilrechtlichen Verhältnis an sich hervorgehende Anspruch auf Vollstreckung findet seine Befriedigung nicht durch eine Zwangsvollstreckungshandlung im Sinn des § 1 dieser Abhandlung, sondern im Urteil selber[4]. Das

[1] Vgl. oben S. 15.

[2] Hahn S. 467.

[3] Das. S. 466.

[4] Die Ansicht Kohler's (civ. Arch. Bd. 80 S. 267 ff., bes. 277—281; vgl. auch Ges. Beitr. S. 55) und Weismann's (H.I. § 12 Note 8), das Urteil sei selbst der Vollstreckungsakt, wird unseres Erachtens der Thatsache, dass nach § 779 der Vollstreckungsakt gerade durch das Urteil überflüssig wird, nicht voll gerecht.

Gesetz bietet für den nicht gewährten Vollstreckungsakt ein Surrogat, nämlich die Fiktion der abgegebenen Erklärung. Diese Fiktion ist eine erweiterte Rechtskraftwirkung[1]: wie bei dem Ehescheidungsurteil der Verurteilte es dulden muss, dass seine Ehe als aufgelöst gilt, so muss die nach § 779 unterlegene Partei nach Eintritt der Rechtskraft sich rechtlich so behandeln lassen, wie wenn sie die Willenserklärung abgegeben hätte. Indem das Urteil diese Neuordnung des Rechtsverhältnisses durch seine eigene Kraft zustande bringt, gehört es zu den konstitutiven Urteilen im oben S. 30 dargelegten Sinn[2].

Das Urteil des § 779 kann hienach aus dem einfachen Grund nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden[3], weil die vorläufige Vollstreckbarkeit, wie wir gesehen haben, nur die Zwangsvollstreckung antizipiert und eine solche hier nicht stattfindet. Hier wäre vielmehr, da eine Zwangsvollstreckung nicht in Frage kommt, die vorläufige Vollstreckbarkeit in der That nichts anderes, als vorläufige Wirksamkeit. Eine solche kennt aber, wie oben S. 18f. gezeigt ist, die Civilprozessordnung nicht. Indem das Gesetz hier auf die direkte zwangsmässige Verwirklichung des Urteilsinhalts verzichtet, muss es auch von einer vorläufigen Herstellung des dem Urteil entsprechenden Erfolges absehen. Dies ist aber auch vom praktischen Standpunkt aus (man denke z. B. an die Bewilligung der Löschung eingetragener Warenzeichen oder Gebrauchsmuster) durchaus zu billigen: — denn weil die Willenserklärung nur als ein einmaliger unwiderruflicher Akt mit sofortiger Wirksamkeit gedacht ist, kann dieser Akt sich nur an das rechtskräftige Urteil anschliessen. Andernfalls müsste die Willenserklärung als in resolutiv bedingter Weise abgegeben angesehen werden und für eine derartige Konstruktion fehlt es im Gesetz an jedem Anhalt.

Es enthält die positive Vorschrift, dass die Willenserklärung erst mit der Rechtskraft als abgegeben gelten soll, zugleich die Versagung der vorläufigen Vollstreckbarkeit, und der § 779 ist nicht der einzige Fall solcher gesetzlicher Regelung, vielmehr

---

[1] Schultze S. 9 Anm. 12; Fischer, Recht und Rechtsschutz (in Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung des Entwurfs eines Bürgerl. Gesetzbuchs) S. 17 Note 1; Kipp S. 70.

[2] Kipp S. 56.

[3] Anderer Ansicht besonders Kipp, Ziff. 4 S. 115ff.

gilt dasselbe auch[1] für die §§ 613 Abs. 1, 620 Abs. 4, 624 Abs. 4, soweit bei denselben überhaupt von Vollstreckung die Rede sein kann.

Gegen diese Ansicht scheint nun aber ausschlaggebend § 658 C.P.O. ins Gewicht zu fallen, worin die vorläufige Vollstreckbarkeit für Urteile anerkannt ist, die auf Eintragsbewirkung (s. oben S. 8ff.) gerichtet sind. Die scheinbare Anomalie schwindet aber, wenn man in Betracht zieht einmal, dass in der That in den exekutiven Einträgen ein eigenartiger Modus der Vollstreckung gegeben ist (s. oben S. 10 Anm. 1), und weiter, dass wie von Amsberg bei der Beratung über diese Bestimmung hervorhob[2], hier in Wahrheit nicht eine Vollstreckung des Urteils, sondern eine eigenartige, je nach den Grundbuchsystemen verschiedene Sicherungsmassregel vorliegt[3]. Die Vorschrift des § 658 kann also nicht zur Beweisführung für die allgemeine Zulässigkeit der vorläufigen Vollstreckbarkeit der auf Abgabe einer Willenserklärung gerichteten Urteile ausgebeutet werden[4], bildet vielmehr[5] ersichtlichermassen eine Ausnahme von der nach § 779 im allgemeinen anzunehmenden Unzulässigkeit der vorläufigen Vollstreckbarkeit bei den genannten Urteilen[6]. (Vgl. Zusatz 1.)

Lassen wir nun diese beiden Ausnahmefälle vollstreckungsfähiger aber nicht vollstreckbarer Urteile nebst dem anomalen oben § 5 Ziff. 1c (S. 30f.) behandelten Fall, dass das Urteil nach Absicht des Urteilenden vollstreckbar sein soll, seinen Zweck

---

[1] Vgl. Wilmowski-Levy, Struckmann-Koch je in Anm. 5 zu § 644.

[2] Komm.Prot. S. 329 (Hahn S. 791).

[3] Die Entstehungsgeschichte des Paragraphen ergibt unzweideutig seine wesentlich negative Bedeutung. Der Abg. Dr. Baehr war es, welcher in der Reichsjustizkommission darauf hinwies, dass bei dem System der Grundbücher möglicherweise durch den vorläufigen Vollzug eines Urteils im Weg der Umschreibung eines Grundstücks ein irreparabler Schaden für den bisherigen, in höherer Instanz wieder eingesetzten Eigentümer entstehen könne. Hiegegen sollte durch Einschaltung eines besonderen Paragraphen Vorsorge getroffen werden Komm.Prot. S. 328ff. (Hahn S. 790).

[4] Kohler, civ. Arch. Bd. 80 S. 281.

[5] wie der Verfasser schon früher anerkannt hat (Jahrb. f. Württ. Rechtspflege Bd. 5 S. 239), wonach das Referat in Z. f. C.Pr. Bd. 19 S. 525 richtigzustellen ist.

[6] Ebenso Wilmowski-Levy, Anm. 2 zu § 779; Gaupp, Bem. I, 3 zu § 779 und Anm. 16 zu § 644.

aber aus in ihm selbst liegenden Mängeln nicht erreichen kann, beiseite, so sehen wir weiter kein Hindernis, zu behaupten, dass alle Leistungsurteile vollstreckbar sind.

Wir verstehen unter Leistungsurteilen alle diejenigen richterlichen Entscheidungen, wodurch dem Beklagten — ausser der mit jedem Urteil verbundenen allgemeinen Pflicht, den Inhalt des Richterspruchs dem Prozessgegner gegenüber als für sich verbindlich gelten zu lassen[1] — eine konkrete Handlung oder ein bestimmtes negatives Verhalten (Unterlassung, Duldung) auferlegt wird[2].

Insoweit ein Urteil dieses Inhaltes vorliegt, führt die nach unserm Recht grundsätzlich bestehende Durchsetzbarkeit der Urteilsanordnung[3] dazu, dass der Urteilsinhalt dem Schuldner gegenüber zu verwirklichen sein muss und diese Verwirklichung ist, falls er nicht freiwillig leistet, eben die Zwangsvollstreckung.

Es fragt sich nun, ob die Urteile des oben bezeichneten Inhalts von denjenigen, welche diesen Inhalt nicht haben, insbesondere den Feststellungsurteilen, sich dem Wesen nach unterscheiden.

Man ist neuerdings geneigt, dies zu verneinen: mehrfach[4] wird die Behauptung aufgestellt, Verurteilung sei nur Feststellung und nichts als dieses, und daraus wird gefolgert, auch die richterliche Feststellung sei vollstreckbar; andererseits gebe es auch Verurteilungen nicht vollstreckbaren Inhalts.

Eine eingehende Darlegung dieser Streitfrage würde von dem Thema dieser Untersuchung zu weit abführen und es soll daher nur kurz zu derselben Stellung genommen werden[5].

---

[1] S. oben S. 6.

[2] Wach, Vortr. S. 136.

[3] S. oben S. 31 zu Anm. 5; S. 43 Anm. 3.

[4] Wach, Feststellungsanspruch S. 34ff.; Schultze, Privatrecht und Prozess S. 599; Heidecker a. a. O. S. 458: „Alle Civilurteile sind Feststellungsurteile und nichts als dies“ (in Anm. 7 das. als herrschende Ansicht bezeichnet!); Kohler, Prozessrechtliche Forschungen S. 67. — Gaupp und Wilmowski-Levy anerkennen zwar die Nichtvollstreckbarkeit des Feststellungsurteils, verneinen aber, dass Vollstreckbarkeit das positive Kriterium des Leistungsurteils sei (vgl. dort: Bem. V, 5 zu § 231, und hier: Anm. 6 zu § 231).

[5] Zum folgenden: Degenkolb S. 80ff.; Bülow, Gesetz und Richteramt S. 1ff.; Weismann, Die Feststellungsklage S. 113ff.; derselbe, H.I.

Soviel steht nach der heutigen Lehre vom Urteil fest, dass jedes Urteil als Akt autoritativer staatlicher Rechtsordnung einen an die Parteien und an jeden beteiligten Dritten gerichteten Imperativ enthält. Das Urteil ist nicht bloss logischer Schluss, es ist Bethätigung der staatlichen Macht im Interesse der rechtlichen Friedensordnung, und die Thätigkeit des Richters ist daher nicht eine beratende, gutachtende, sie muss, auch wo sie feststellt — d. h. die Uebereinstimmung des geforderten Rechts mit den Thatsachen ausspricht — den Charakter der staatlichen Willensakte an sich tragen, kann also nichts anderes als Befehl sein, weil sich eben staatliche autoritative Akte in keiner andern Eigenschaft denn als Befehle denken lassen[1]. Und andererseits ist daran nicht zu zweifeln, dass das richterliche Urteil seiner Zweckbestimmung nach in allen Fällen das Ausserstreitsetzen des in Frage gestellten Rechts wirkt, mag das Urteil Feststellung oder Verurteilung — mag es richtig oder unrichtig sein.

Die Erkenntnis dieser letzteren unbestreitbaren Wahrheit ist für das Wesen des Urteils besonders fruchtbar[2]. Mit Nachdruck wird schon von Degenkolb[3] hervorgehoben, wie die Uebereinstimmung von Recht und Wirklichkeit im Urteil zwar stets vom Rechtsbewusstsein energisch gefordert, aber doch nur unvollkommen zu erreichen sein wird. Umsoweniger könnte eine rein imaginäre, weil unerweisliche „Feststellung", im Sinn einer auf Uebereinstimmung des im Urteil gewonnenen Resultats mit der Wirklichkeit beruhenden „deklaratorischen" Funktion, als für den Begriff des Urteils wesentlich angesehen werden. Denn für die Wirkung solcher „Feststellung" ist es unerheblich, ob diese Uebereinstimmung vorhanden ist oder nicht. Es ist daher nicht zutreffend, wenn gesagt wird[4], es sei nicht sowohl die Kraft des

---

§§ 12, 13, 20, 21; Leonhard, Z. f. C.P. Bd. 15 S. 345, 346; Laband, Staatsrecht (3. Aufl.) Bd. II S. 334, 335; kleines Staatsrecht (2. Aufl.) S. 214; Förster-Eccius, Bd. I § 48 (S. 233ff.); Baehr, Urteile des Reichsgerichts S. 143—159.

[1] Unrichtig ist es daher, wenn Weismann, Feststellungsklage S. 124 annimmt, im Feststellungsurteil wende sich der Richter an die Vorstellung, im Leistungsurteil an den Willen der Parteien.

[2] Kohler, Prozess als Rechtsverhältnis S. 112.

[3] Einlassungszwang und Urteilsnorm § 1.

[4] Degenkolb S. 127.

obrigkeitlichen Befehls, als vielmehr die „Energie der Rechte", welche in der Exekution zum Ausdruck komme — oder[1] „das Urteil begründe keine neue Pflicht, es deklariere nur die vorhandene; nicht desshalb sei das Urteil vollstreckbar, weil es ein neues Gebot erteile, sondern weil es das vorhandene Recht ausser Zweifel setze". Denn die Uebereinstimmung des Urteils mit dem materiellen Recht kann nur als Postulat[2], nicht als wirkliche causa efficiens des Vollstreckungsanspruchs aufgestellt werden.

Jedes Urteil hat in der allgemeinen Willensbeugung unter den Richterspruch (s. oben S. 6) ein kondemnierendes — in der Ausserstreitsetzung des Rechts ein feststellendes (richtiger sanktionierendes) Moment.

Im Grunde ist daher, wie Degenkolb[3] zutreffend bemerkt, der Satz: alle Urteile sind Feststellungsurteile, genau so richtig oder unrichtig, wie der Satz: alle Urteile sind kondemnierender Natur.

Auf der andern Seite aber ist die Aufstellung des Satzes: das Leistungsurteil sei Urteil auf „Sein oder Leistungspflicht" ein schon bei Degenkolb sich findender von Weismann[4] widerlegter Trugschluss, sofern die Feststellung der Leistungspflicht, der eigentlichen Feststellung gegenüber, ein weiteres, imperatives Moment enthält.

Dieses imperative Moment des Leistungsurteils tritt im Römischen Aktionensystem ganz unzweideutig hervor: denn indem dasselbe — abgesehen von den zur blossen pronuntiatio abschliessenden Präjudizialklagen — die klagweise Geltendmachung des Anspruchs erst mit seiner Fälligkeit, bezw. nach Verletzung des dinglichen Anspruchs zuliess, lag stets ein Sachverhältnis dem Rechtsstreit zu Grunde, welches die faktische Wiederherstellung des gestörten Rechtszustands forderte, und dem Klagbegehren entsprach der in imperative Form gekleidete[5] Leistungsbefehl an

---

[1] Kohler, Prozessrechtliche Forschungen S. 63.

[2] Weismann, H.I. § 13 Ziff. III.

[3] S. 141. — Vgl. auch Schultze in der Z. f. C.P. Bd. 12 S. 473.

[4] Feststellungsklage S. 124 ff.

[5] Vgl. vor allem fr. 58, 59 D. de re judicata (42, 1): si cum nulla sententia praecessisset, capta sunt et distracta pignora, possunt revocari. In summa sufficiet, si expresserit judex summam in sententia solvique jusserit

den Beklagten. Die condemnatio aber begründete zu Gunsten des Klägers die actio judicati, die Vollstreckbarkeit[1].

So erschien als die regelmässige Form des gegen den Beklagten ergehenden Urteils diejenige, in welcher, unter gleichzeitiger staatlicher Anerkennung des geltend gemachten Rechts, angeordnet wird, welche Handlung von dem Beklagten behufs Befriedigung des in seinem Recht gestörten Klägers zu bewirken ist, und diese Form und dieser Inhalt entspricht auch noch durchaus unserem heutigen Leistungsurteil.

Auf diesem Standpunkt, dass, abgesehen von den Präjudizialklagen, insbesondere den (präjudiziellen) Statusklagen, nur Klagen auf Verurteilung im Sinn der römischen condemnatio zulässig seien, stand im Anschluss an Stellen wie l. 1 D. de re jud. (42, 1), l. 3 C. de sent. (7, 45) die gemeinrechtliche Civilprozesslehre[2], obwohl die mittelalterliche Rechtsentwicklung, insbesondere im Anschluss an die italienische Doktrin, Klagen wegen Bedrohung mit künftiger Rechtsverletzung, die ihrem Zweck nach nicht in eine Verurteilung im engeren Sinn, sondern in eine declaratio, pronuntiatio ausliefen, zuzulassen geneigt war[3].

Diesem Klagensystem des gemeinrechtlichen Prozesses gegenüber musste sich das Bedürfnis einer Ausdehnung des Rechtsschutzes durch Schaffung eines Rechtsbehelfs zur Geltendmachung

---

vel praestari vel quo alio verbo hoc significaverit. Amplius est rescriptum, etsi in sententia non sit summa adjecta, si tamen is qui petit, summam expresserit et judex erit: „solve quod petitum est", vel „quantum petitum est", valere sententiam.

[1] Wendt, Pandekten § 99 Ziff. 2 Abs. 2 (S. 295): Zur Geltendmachung der Urteilsfolgen sind im römischen Recht actio judicati und exceptio rei judicatae bestimmt. Die erste hat ihre Stelle nur, so oft condemnatio ergangen ist und begehrt den Vollzug der im Urteil auferlegten Leistung; sie wird durch die Vollstreckbarkeit des Urteils wiedergegeben. — Dernburg, Pandekten Bd. I § 161 Anm. 6, 7; Windscheid Bd. I § 129 Ziff. 1.

[2] Wetzell § 14 zu Anf.; Bayer, Vorträge über den gemeinen Civilprozess (8. Aufl.) § 134.

[3] Vgl. über diese Rechtsentwicklung und die Anknüpfung der Feststellungsklage des § 231 C.P.O. an diese (nicht an das römische Recht): Weismann, Feststellungsklage S. 1, 2, 101—110, 113—114; über die Anknüpfung unserer „Verurteilung" an die römische condemnatio: derselbe, H.I. § 12 Anm. 13. — Gegen Weismann übrigens Wendt, civ. Arch. Bd. 70 S. 231 ff., welcher die römischen praejudicia als historische Grundlage unserer Feststellungsklage ansieht.

bevorstehender, also nicht präsenter Rechtsverletzung, namentlich behufs klageweiser Verfolgung bedingter und betagter Forderungen vor Eintritt der Bedingung oder des Fälligkeitstermins, oder dinglicher Rechte vor ihrer Verletzung immer fühlbarer machen und dies war — darüber besteht nach den, der Civilprozessordnung vorangegangenen neueren Prozessgesetzen und -Entwürfen[1] und den Motiven zu § 223 des Entw. der C.P.O.[2], welche auf diese neuere Rechtsentwicklung Bezug nehmen, kein Zweifel — der Anlass für die Schaffung des § 231 C.P.O.[3].

Es wäre nun zwar keineswegs ausgeschlossen, dass man bei der Einführung dieser Klage es als im Interesse des Klägers für geboten erachtet hätte, ihm gleichzeitig mit der Feststellung auch zur Vollstreckung zu verhelfen. Allein es dürfte den Anhängern der Ansicht, dass Feststellungsurteile vollstreckbar seien, schwer fallen, aus der Vorgeschichte des § 231 in schlüssiger Weise eine solche Absicht der gesetzgeberischen Faktoren zu begründen. Man dachte nicht an eine Erweiterung der Zulässigkeit von Klagen auf Verurteilung zu künftigen Leistungen, sondern an eine weitere Ausgestaltung des bis dahin nur auf dem Umweg der Klagen auf Anerkennung erreichbar gewesenen Rechtsschutzes. Es bedürfte daher eines besondern Nachweises, dass irgend ein Bedürfnis, auf Grund dieser neugeschaffenen Klage die Vollstreckungsbefugnis zu gewähren, bestanden hätte. An sich erheischte der mit der Klage des § 231 zu verfolgende Schutzanspruch diese Befugnis gewiss nicht. Die Klage sollte ja im Gegenteil gerade dann eintreten, wenn dem Gläubiger die zur Geltendmachung der Befriedigung des Anspruchs gegebene und damit von selbst zur Exekution führende Leistungsklage, der durch die Erhebung der Feststellungsklage in keiner Weise präjudiziert werden soll, noch versagt ist. Auch wäre die Vollstreckungsmöglichkeit auf Grund des auf die Feststellungsklage ergangenen Urteils etwas rein zufälliges; sie würde überhaupt nur da eintreten, wo ein noch nicht fälliger Leistungsanspruch im Streit, und gerade im Einzelfall auch die Zeit der Fälligkeit im

[1] S. z. B. Preuss. Entw. § 218; Württ. Civilprozessordnung von 1868 Art. 319.

[2] Hahn S. 255, 256; vgl. Wach, Feststellungsanspruch S. 6.

[3] Vgl. Kübel im Württ. Arch. Bd. 12 S. 1 ff.; sodann Gaupp, Bem. I zu § 231; Baehr, Urteile des R.G. S. 149 ff.

Prozess festgestellt worden wäre. Das allen Feststellungsklagen Gemeinsame und daher für sie Wesentliche ist dagegen nur das Begehren der staatlich autoritativen Anerkennung des Rechts mit der Wirkung materieller Rechtskraft.

Demgemäss entspricht und genügt dem Rechtsschutz, wie er mit der Klage aus § 231 dem Berechtigten gewährt werden wollte und gewährt worden ist, nicht ein auf Befriedigung des materiellen Anspruchs gerichtetes und damit zur Exekution führendes (s. oben S. 47) Urteil: ein solches würde zwar nicht a priori, wohl aber nach der historischen Gestaltung des uns überkommenen Klagensystems, über den Zweck der Klage[1], damit aber auch über die durch diesen Zweck begrenzte richterliche Aufgabe hinausgehen. Mit Recht sagt Weismann[2], dass Verurteilung auf erhobene Feststellungsklage gegen § 279 C.P.O. verstossen würde. Die richterliche Aufgabe erschöpft sich hier in der, der materiellen Rechtskraft fähigen staatlichen Anerkennung des zur Entscheidung gebrachten Rechts. Würde die Feststellung zur Vollstreckung führen, so wäre jederzeit die Erreichung der Vollstreckbarkeit genügendes Feststellungsinteresse, mit anderen Worten die Feststellungsklage für jeden noch nicht fälligen Anspruch zulässig. — Der Feststellungskläger darf also nicht Vollstreckungsbefugnis betreiben, der Richter sie ihm nicht gewähren[3]. Und so zeigt sich, dass der Unterschied zwischen Feststellungs- und Leistungsurteil, dem gestellten Klagbegehren entsprechend, gerade in der Begründung des Vollstreckungsrechts, und da diese letztere notwendig auf den massgebenden richterlichen Willensakt zurückführt, in der Verschiedenheit der richterlichen Willensrichtung[4], in der Absicht auf die Konstituierung

[1] Stölzel, Schulung für die civ. Praxis Bd. II S. 14: „man kann im Prozess nur das erbitten, was das Recht dem Kläger auf Grund der von ihm vorgebrachten Thatsache zu bitten gestattet."

[2] Feststellungsklage S. 117.

[3] Wetzell, Civilprozess (3. Aufl.) § 48 S. 604. — Entsch. des Reichsgerichts in der Jurist. Wochenschrift 1896, S. 335, No. 14; auch das. S. 372 No. 16.

[4] Weismann, H.I. § 13 Ziff. 2 (S. 53 oben) kommt der hier vertretenen Ansicht ganz nahe, wenn er sagt: Die Entscheidung, dass ein Leistungsanspruch bestehe, ist an sich nicht Verurteilung, sie ist es, insofern sie den Vollstreckungsanspruch begründet. Dem scheint jedoch zu widersprechen, wenn Weismann wiederholt (§ 12 Ziff. 4, § 20 Note 9) dem Gedanken Ausdruck giebt, der Beklagte werde durch die Entscheidung, dass der geltend

der Exekutionsbefugnis liegt. Wie in der vollstreckbaren Urkunde zu der Liquidstellung des in ihr niedergelegten Anspruchs ein weiteres, die Begründung des Vollstreckungsrechts durch Vertrag, hinzutritt, so geht das Leistungsurteil über die einfache Anerkennung des klägerischen Rechts im Feststellungsurteil, ganz in derselben Richtung kraft des in ihm bethätigten Richterwillens hinaus[1]. Freilich bleibt dieser meist verborgen, weil das Urteil regelmässig nicht nötig hat, über seine Vollstreckbarkeit sich auszusprechen (s. oben S. 25). Aber bei der vorläufigen Vollstreckbarkeit tritt er auch in die äussere Erscheinung (s. oben S. 26). Hier wird die als Teil des Streitgegenstandes behandelte[2] Befugnis zur sofortigen Vollstreckung dem Kläger ausdrücklich zuerkannt. Die angeordnete vorläufige Vollstreckbarkeit gestattet daher einen Rückschluss darauf, dass das erlassene Urteil nicht ein Feststellungsurteil war[3].

Im übrigen ist der richterliche Wille nötigenfalls im Weg der Auslegung zu ermitteln[4]. Dass hiebei, wenn die erhobene Klage eine Feststellungsklage war, in Zweifelsfällen auch das Urteil als Feststellungsurteil anzusehen sein wird, ergiebt sich aus dem oben Gesagten.

Die dem vollstreckbaren Urteil im Verhältnis zu andern Urteilen eigentümliche Gehalt prägt sich nun — wie schon im römischen Recht — darin aus, dass das Urteil die Form einer Anordnung annimmt, wodurch dem Beklagten das durch die Klage begehrte Verhalten (event. unter Strafandrohung § 775 Abs. 2) geboten oder verboten wird.

In diesem Leistungsbefehl ist das charakteristische Merkmal des Leistungsurteils gegenüber den sonstigen Formen der Urteile zu finden[5]. Mit seiner Rechtskraft ist zugleich die

---

gemachte Anspruch bestehe, ohne weiteres der Zwangsvollstreckung unterworfen.

[1] Weismann, Feststellungsklage S. 121 Anm. 2.

[2] S. Anh. I S. 81.

[3] Entsch. des Reichsgerichts Bd. 14 S. 416, 417.

[4] Entsch. des Reichsgerichts Bd. 25 S. 378. — Bedeutung der Entscheidungsgründe hiebei: Dernburg, Preuss. Privatrecht § 137 Ziff. 1.

[5] Laband an den oben Anm. 5 zu S. 47 angeführten Stellen; Fitting, Civilprozess § 1 Anm. 3, auch § 57 Anm. 3; v. Bar, Theorie und Praxis II S. 461. — Laband sagt: Das kondemnatorische Urteil ist nicht bloss Feststellung des konkreten Rechts, sondern zugleich Befehl an den Be-

Feststellung des materiellen Rechtsverhältnisses von selbst gegeben[1].

Unsere Ergebnisse fassen wir in folgendem kurz zusammen: mit der Feststellungsklage verfolgt der Kläger nur die staatliche Anerkennung seines Rechts, mit der Leistungsklage die Befriedigung seines Anspruchs[2] und behufs ihrer die Vollstreckungsbefugnis. Die Zuerkennung der letzteren ist auf einen besonderen richterlichen Willensakt zurückzuführen; sie ist, entsprechend dem innern Zusammenhang zwischen Klagezweck und Urteilsinhalt, nur zulässig, wo die Klage Befriedigung des materiellen Anspruchs, in deren Dienst die Zwangsvollstreckung steht, verfolgt. Das positive Unterscheidungsmerkmal des Leistungsurteils gegenüber den übrigen Urteilsformen ist also eben die Zuerkennung des Vollstreckungsanspruchs[3]; sie vollzieht sich in der Form des Leistungsbefehls, wodurch dem Schuldner die Befriedigung des klägerischen Anspruchs sei es durch Handeln sei es durch Unterlassen geboten wird.

Es ist hienach der Ausführung Wach's[4] und Kohler's[5], einen Vollstreckungstitel stelle die Verurteilung notwendigerweise dar, wenn sie „das Vorhandensein des präsenten Anspruchs konstatiere" oder „die Befriedigungsbedürftigkeit (Rechtswidrigkeit) eines Zustands feststelle", nicht beizupflichten[6]. Zieht der

---

klagten, den Rechtsanspruch zu erfüllen, unter der Drohung, dass im Fall des Zuwiderhandelns auf Verlangen des Klägers die Befolgung des Befehls durch die physischen Machtmittel des Staates erzwungen werden würde.

[1] Wach, Vortr. S. 136. — Es wäre jedoch unzutreffend, die Klage auf Kondemnation in der Weise als das Plus gegenüber der Feststellungsklage anzusehen, dass die erstere ohne Weiteres zum Feststellungsurteil führen könnte. Hiezu wäre vielmehr eine besondere Willenserklärung des Klägers durch eventuelle Erhebung einer Feststellungsklage notwendig. Denn das Rechtsschutzinteresse ist bei der Feststellungsklage ein anderes als bei der Leistungsklage und bedarf daher einer besonderen Geltendmachung in der hiefür vorgeschriebenen Form des § 231. So auch Wach, F. A. S. 27 oben; Vortr. S. 137 oben. A. A. Mayer, Anspruch und Rechtskraft S. 36, 37.

[2] Auch § 209 Abs. 1 B.G.B. stellt die Klage auf Befriedigung neben die Feststellungsklage.

[3] So auch Loening in Z. f. C.Pr. Bd. 4 S. 183.

[4] Feststellungsanspruch S. 35.

[5] Prozessrechtliche Forschungen S. 67.

[6] Aus der Praxis: Seuffert's Arch. Bd. 39 Nr. 67 (von Kohler, Ges. Beitr. S. 35 Anm. 94 mit Unrecht bekämpft).

Berechtigte selbst aus der Befriedigungsbedürftigkeit nicht die Konsequenz, dass er von der Staatsgewalt Abstellung des rechtswidrigen Zustands durch eine entsprechende richterliche Anordnung verlangt, so ist es nicht Sache des Richters, dem Kläger die nicht begehrte Vollstreckungsbefugnis aufzudrängen[1]. Es ist ferner keineswegs richtig[2], dass das einen betagten Anspruch feststellende Urteil nach § 672 C.P.O. mit dem Eintritt des Fälligkeitstermins vollstreckbar wird. Der Absatz 1 dieses Paragraphen bezieht sich einmal auf vollstreckbare Urkunden, und dann auf Verurteilungen zu zukünftiger Leistung, die nach verschiedenen Landesgesetzen zulässig sind[3]. Gegen jene Ansicht spricht besonders die Erwägung, dass die Verteidigung der Feststellungsklage gegenüber eine andere ist als gegenüber der Leistungsklage[4], ferner dass die Feststellung sich immer nur auf den gegenwärtigen Zustand bezieht[5], und die Frage, ob beim Eintritt des Termins die geschuldete Leistung noch rückständig sein wird, nicht im voraus zu Ungunsten des Verpflichteten entschieden werden kann, da dieser hiedurch in seinem Verteidigungsrecht beschränkt werden würde[6]. Letzterer Gesichtspunkt nötigt bei der Zulassung kondemnatorischer Entscheidungen für künftige Leistungen den Gesetzgeber zur Selbstbeschränkung. Auf diesem Standpunkt

---

[1] Die Nichtvollstreckbarkeit des Feststellungsurteils anerkennen ausser Gaupp und Wilmowski-Levy (s. oben S. 47 Anm. 4): Weismann, Feststellungsklage S. 117, 126; Struckmann-Koch und Seuffert je in Anm. 10 zu § 231; während Kohler, civ. Arch. Bd. 80 S. 289 Anm. 1 das Gegenteil für „feststehend" hält (s. auch dessen Ges. Beiträge S. 35).

[2] Wach S. 35, Kohler S. 64.

[3] Wach (S. 45) will diese Frage nach Reichsrecht entschieden wissen. S. dagegen M. Levy in Rassow-Küntzel's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 35 S. 164; Vierhaus in Z. f. C.P. Bd. 14 S. 286, 287; Gaupp, Bem. V, 5 zu § 231; Wilmowski-Levy, Anm. 6 zu § 231. — Im Gemeinen Recht sind es bekanntlich die Klagen auf wiederkehrende Leistungen, welche zur vollstreckbaren Verurteilung für die Zukunft führen. Doch kann dabei nicht, wie Weismann (Feststellungsklage S. 132) will, von dem Erfordernis der Fälligkeit mindestens einer Rate abgesehen werden, da sonst in der That der Anspruch auf Befriedigung noch nicht erwachsen wäre. Wie Weismann auch Baehr, Urteile des Reichsgerichts S. 156. (Vgl. Zusatz 4.)

[4] Weismann, Feststellungsklage S. 117 ff.

[5] Weismann, H.I. S. 51 Note 18.

[6] Weismann, Feststellungsklage S. 120.

steht auch ersichtlich die neuere Gesetzgebung[1]. (Vgl. aber Zusatz 3.)

Die hier vertretene Meinung löst ohne Schwierigkeit die Frage der Zugehörigkeit der unter Vorbehalt der Liquidation in einem späteren Verfahren erhobenen Schadenersatzklagen. Hier kann der Kläger die Verurteilung des Gegners zu einer der Vollstreckung unterliegenden Leistung, also ein Leistungsurteil, nicht begehren. Seinem Interesse wird genügt durch die rechtskräftige Feststellung der Schadenspflicht. Seine Klage ist daher Feststellungsklage und an den Nachweis des in § 231 C.P.O. bezeichneten rechtlichen Interesses geknüpft[2]. Die von Wach und Kohler vertretene Ansicht lässt es, obwohl sie dies nicht anerkennen[3], völlig unerklärt, warum hier die Verurteilung nicht Leistungsurteil ist. Es liegt vor ein präsenter (wie wir unterstellen, bestrittener) Anspruch, der deshalb nicht minder „befriedigungsbedürftig" ist, weil er noch nicht ziffermässig feststeht. Und das Urteil wäre nach jener Ansicht, wie jedes andere Leistungsurteil, Feststellung dieses befriedigungsbedürftigen Anspruchs!

Gerade die jetzt durch die Plenarentscheidung vom 28. Juni 1888 verlassene Judikatur des Reichsgerichts, welche die salva liquidatione erhobene Schadensersatzklage als Leistungsklage auffasste[4], war es, die Rocholl[5] zu dem Satz, dass es auch nicht-

---

[1] Vgl. Entw. I des B.G.B. § 190 Abs. 2 und 3; Motive zum Entw. I des B.G.B. Bd. 1 S. 365—367; Denkschrift zum Entwurf S. 319 (§§ 231a und 231b).

[2] So mit Recht: Plenarentscheidung des Reichsgerichts vom 28. Juni 1888, E.Bd. 21 S. 382.

[3] Feststellungsanspruch S. 39; Forschungen S. 67, 68.

[4] E.Bd. 10 S. 413, 418.

[5] Z. f. C.P. Bd. 8 S. 355 ff. — Rocholl (auf den sich Gaupp, Bem. V, 5 zu § 231 und Wilmowski-Levy, Anm. 6 zu § 231 für ihre oben S. 47 Anm. 4 erwähnte Ansicht berufen) bewegt sich übrigens in Widersprüchen. Er stellt zuerst (S. 365) den Satz auf: Das heutige Urteil sei eigentlich stets ein Feststellungsurteil (die hiefür S. 364 aufgeführten Gründe sind unzutreffend), giebt dann (S. 366) zu, dass die Leistungsklage unmittelbar einen andern Gegenstand, Zweck und Grund wie die Feststellungsklage habe, und bemerkt schliesslich (S. 367): „Die Urteilsdisposition in dem Feststellungsurteil umfasse nur die Existenz der Obligation, bei dem Streit um die Folge der Obligation mache dagegen die Leistung den Inhalt der Urteilsdisposition aus." Also ist doch wohl ein Element im Leistungsurteil vorhanden, welches dem Feststellungsurteil abgeht? Dies giebt Rocholl

vollstreckbare Leistungsurteile gebe, führte. Mit jener Plenarentscheidung dürfte dieser Ansicht die wesentlichste Grundlage entzogen sein.

In § 276 C.P.O. kommt der Unterschied zwischen der blossen Feststellung eines Anspruchs und der auf sie gegründeten Verurteilung deutlich zum Durchbruch. —

Eine besondere Betrachtung ist hier noch den Urteilen, soweit sie den Kostenpunkt betreffen, zu widmen. Da auch die Entscheidung über die Kosten salva liquidatione ergeht, so scheint sie Feststellung, nicht Verurteilung sein zu müssen[1]. Allein hier kommt in Betracht, dass Urteil und Kostenfeststellungsbeschluss insofern als rechtliche Einheit zu denken sind, als der zu vollstreckende Inhalt aus der Verbindung beider hervorgeht[2]. Der Richter will im Urteil nicht die Kostenpflicht feststellen, er will die Zahlung der Kosten mit Rücksicht auf die bevorstehende, durch ihn selbst zu vollziehende Festsetzung der (objektiv bereits feststehenden) Beträge anordnen[3]. Diesem zweiten ergänzenden Akt kommt keine selbständige Bedeutung hinsichtlich der Begründung des Vollstreckungsrechts zu, er setzt dieses vielmehr als bereits gegebene Grundlage voraus[4]. Deshalb muss schon die Entscheidung im Kostenpunkt mit formeller Vollstreckbarkeit ausgestattet sein (§ 98). Die Kostenfestsetzung erscheint nicht als Vollziehung des Urteils, nicht als Teil der Zwangsvollstreckung[5], sie kann daher ohne Nachweis der geschehenen Urteilszustellung, oder der im Urteil angeordneten Sicherheitsleistung erfolgen[6]. Ist die Vollstreckung des Urteils von einer Bedingung abhängig, so ist es zulässig und zweckmässig, die Bedingung auch in den Beschluss aufzunehmen[7]. Die Zwangsvollstreckung wegen der

---

(S. 366) selbst zu, wenn er sagt: „Die Leistungsklage habe die Fixierung der materiellen Folgen als Titel künftiger Zwangsvollstreckung zum Zweck."

[1] So in der That: Planck II S. 655 Anm. 5.

[2] Z. f. C.P. Bd. 16 S. 542, 543; Bd. 17 S. 113. Seuffert's Arch. Bd. 47 No. 247.

[3] §§ 88 Abs. 2, § 91 Abs. 2 verbo: „auferlegen".

[4] Gaupp, Bem. III Anm. 6 zu § 649 (2. Aufl.).

[5] Willenbücher, Das Kostenfestsetzungsverfahren S. 3.

[6] Seuffert's Arch. Bd. 40 No. 245.

[7] Oberlandesgericht Stuttgart in den Jahrbüchern für württemb. Rechtspflege Bd. 4 S. 222ff. (der das. S. 224 abgedruckte Beschluss des Reichsgerichts auch in Seuffert's Arch. Bd. 40 No. 245).

Kosten kann erst nach Zustellung des Urteils und des Beschlusses beginnen, und die Aufhebung der Vollstreckbarkeit des Urteils muss von selbst auch diejenige des Kostenfestsetzungsbeschlusses nach sich ziehen. —

Entspricht der von uns vertretene prinzipielle Gegensatz zwischen Leistungs- und Feststellungsurteilen wirklich dem Gesetz, so ist die praktische Wichtigkeit ihrer Unterscheidung infolge des weiten Umfangs, in welchem die Zwangsvollstreckung ohne Mitwirkung des Richters sich vollzieht, doppelt fühlbar. Ist doch vor allem die Zulässigkeit der Erteilung der Vollstreckungsklausel von dem Vorliegen eines Leistungsurteils abhängig. Dies ergiebt sich aus dem oben S. 14 Ziff. 2 Dargelegten.

Für den Richter aber erwächst hieraus die Pflicht, den Gegenstand der Klage und des Urteils genau zu prüfen, auf die Klarstellung der Anträge durch Ausübung des Fragerechts (§§ 130, 464) hinzuwirken und einer möglichst genauen Fassung des Urteils im Auge zu behalten[1]. Am leichtesten werden die positive Feststellungsklage und die Klage auf Abgabe einer Willenserklärung (Anerkennung)[2], die negative Feststellungsklage und die Klage auf Unterlassung[3] zu Verwechslungen Anlass geben. In letzterer Beziehung wird eine kondemnatorische Entscheidung regelmässig dann begehrt, wenn beantragt ist, dem Gegner eine bestimmte Unterlassung unter Strafdrohung zu untersagen.

Um noch zu zeigen, wie einige Spezialfälle[4] sich von unserem Standpunkt aus erledigen würden, so dürften die Klage auf Teilnahme am Verteilungsverfahren und die Konkursfeststellungsklage

---

[1] Weismann, Feststellungsklage S. 130: „Offenbare Ungenauigkeiten sind in Theorie, Praxis und Gesetzgebung etwas ganz gewöhnliches." — Schon die oft gebrauchte Form für Leistungsurteile: „Beklagter ist schuldig zu zahlen" ist nicht streng korrekt, weil sie auch für Feststellung passen würde; besser wird gesagt: „Beklagter hat zu zahlen." — Die korrekte Form für das Feststellungsurteil ist: „es wird festgestellt, dass . . ." (Struckmann-Koch, Anm. 10 a. E. zu § 231. Auch Stölzel, Schulung f. die civ. Praxis Bd. 2 S. 15, 16]); Mayer, Anspruch und Rechtskraft S. 39 ff.

[2] Vgl. Jur. Wochenschr. 1897 S. 170 N. 19.

[3] Ein Fall aus der Praxis (Feststellung einer Grenze): Seuffert's Arch. Bd. 47 No. 302. Bei dem dort unter Ziff. 2 erwähnten Beschluss ergiebt sich das Bedenken, ob nicht doch zugleich eine (vollstreckbare) adjudicatio im Sinn des urteilenden Richters lag.

[4] S. besonders Wilmowski-Levy, Anm. 6 zu § 231.

des § 134 nicht zu den Leistungsklagen gerechnet werden[1]: der Zweck der Klage ist hier erreicht mit der durch die richterliche Feststellung des Teilnahmerechts bewirkten Beseitigung des Widerspruchs und es schliesst sich hieran die Ausführung des Teilungsplans (§ 702 Satz 1 C.P.O.), die Durchführung der Masseverteilung von selbst, ohne dazwischentretende Zwangsvollstreckung, an. Die aus § 152 Abs. 2 K.O. gewährte Vollstreckungsmöglichkeit ist nicht spezifische Folge des Urteils[2], denn sie tritt ebenso ein, wenn die Konkursgläubiger keinen Widerspruch erheben. Die Berichtigung der Tabelle (§ 134 Abs. 7) und die Erteilung des vollstreckbaren Auszugs aus der Konkurstabelle (§ 152 Abs. 2) ist nur Folgeerscheinung (s. oben S. 6ff.), nicht Vollstreckung des feststellenden Urteils.

Die Klage gegen den Gemeinschuldner aus § 152 Abs. 1 K.O.[3] dagegen kann in allen Fällen als Leistungsklage erhoben werden; nur wäre nach § 11 K.O. vor Beendigung des Konkursverfahrens keine Zwangsvollstreckung in die Konkursmasse möglich. Die Verweisung des Gläubigers auf eine Feststellungsklage oder eine Klage auf Zurückziehung des Widerspruchs wäre durch nichts gerechtfertigt[4].

Klagen auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen aus Artt. 190a, 222 H.G.B. erscheinen von dem hier vertretenen Standpunkt aus als Feststellungsklagen[5], es müsste denn sein, dass durch das Urteil zugleich dem Aufsichtsrat oder dem Vorstand die Ausführung der Beschlüsse verboten wäre. —

So glauben wir, es könne bei Ausscheidung der nicht zur Zwangsvollstreckung gehörigen Akte der freiwilligen Gerichtsbar-

---

[1] Hierüber Sarwey, Kommentar (2. Aufl.), herausgeg. von Bossert, Note 4 Ziff. 4 zu § 134 mit Citaten; Wendt, civ. Arch. Bd. 70 S. 36.

[2] Also nicht richtig, dass die Entscheidung unter Umständen auch gegen den Kridar „als Urteil auf Leistung Wirkungen äussert" (Foerster-Eccius § 48 Anm. 34). Das Wirkende ist der Auszug aus der Konkurstabelle als Vollstreckungstitel.

[3] S. hierüber Entsch. des Reichsgerichts Bd. 24 S. 405ff.

[4] Warum sollte, wenn die zur Zeit der Konkurseröffnung anhängige Leistungsklage aufgenommen wird, der Gläubiger plötzlich zur Aenderung seines Begehrens verpflichtet sein? Der Anspruch besteht nach wie vor fort, der ihm zuzuerkennende Vollstreckungsanspruch ist nur bis zur Beendigung des Konkursverfahrens suspendiert.

[5] Kipp S. 57 Anm. 3.

keit, bei Heranziehung der inhibitorischen Entscheidungen zu den vollstreckbaren Titeln, und bei genauer Scheidung der negativ feststellenden und der verbietenden Urteile die allgemeine Durchführung des Satzes gewagt werden:

Mit Ausnahme der Urteile aus § 774 Abs. 2 und § 779, sind alle Leistungsurteile, und nur sie, vollstreckbar.

§ 8.

Das Vollstreckungsurteil[1].

Während der Leistungsbefehl der inländischen richterlichen Verurteilung zu gunsten des Klägers das Vollstreckungsrecht ohne weiteres zur Entstehung bringt, fehlt diese Macht dem (inländischen) Schiedsspruch[2] und dem ausländischen Urteil. Diese beiden autoritativen Akte vermögen wohl die sonstigen Rechtskraftswirkungen, nicht aber die Vollstreckungsbefugnis (für das Inland) zu begründen. Die ihnen in dieser Beziehung mangelnde Bewährungskraft muss ihnen durch eine Handlung des inländischen Richters verliehen werden.

Diese letztere begründet nicht die Rechtskraft, deren Vorhandensein sie vielmehr zu prüfen hat (§ 661 Abs. 1 u. 2 Ziff. 1); sie fügt dem vorangegangenen Akt nicht den neuen vollen Leistungsbefehl hinzu, gründet sich vielmehr auf dessen Bestehen und macht ihn nur im Punkte inländischer Vollstreckungsbefugnis kräftig[3]. Der Leistungsbefehl des vorangegangenen Aktes ist die

---

[1] Litteratur zum folgenden: Entsch. des Reichsgerichts Bd. 8 S. 385 ff.; Francke in der Z. f. C.P. Bd. 8 S. 1 ff.; Heidecker, das. Bd. 18 S. 453 ff.; Wach I S. 223 ff., Vorträge S. 314 ff.; Hellmann, Lehrbuch S. 125; v. Bar, Theorie und Praxis Bd. 2 S. 461 ff., Lehrbuch S. 168 ff., 187 ff.; Beauchet im Journal du droit international privé Bd. 10 S. 239 ff.; Keyssner, das. Bd. 9 S. 25 ff.; Kayser in der Zeitschrift für franz. Civilrecht (früher Puchelt) Bd. 21 S. 686 ff. Die Kommentare von Gaupp, Wilmowski-Levy, Struckmann-Koch, Seuffert, Reincke je zu §§ 660, 661.

[2] Der ausländische Schiedsspruch bleibt im folgenden ausser Betracht.

[3] Treffend sagt Beauchet S. 44: Il en résulte incontestablement que le jugement étranger a force de chose jugée . . . ce qui manque au jugement, c'est soulement la force exécutoire. — Auch Art. 44 der italienischen Civilprozessordnung (von 1865) bestimmt: la forza esecutiva alle sentenze delle autorità giudiziarie straniere è data dalla corte d'appello

Grundlage des Vollstreckungsurteils, auf dieser Grundlage baut das Urteil die inländische Vollstreckbarkeit auf[1]. Dies heisst es, wenn die C.P.O. in den §§ 660, 868ff. anordnet, es müsse die „Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung" durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen sein.

Gegen die Annahme, das Vollstreckungsurteil enthalte den Leistungsbefehl, spricht einmal, dass doch zweifellos das ausländische Leistungsurteil, wenn es zum Gegenstand des Verfahrens nach § 660 gemacht wird, die ausländische Vollstreckbarkeit auf Grund eines Leistungsbefehls schon besitzt; würde aber der vorangegangene Akt nur eine Feststellung, dagegen keine Verurteilung enthalten, so wäre das inländische Urteil, wenn es die Zwangsvollstreckung neu verfügen wollte, nichts anderes als Verurteilung auf Grund ausländischer Rechtskraft[2], also etwas anderes als Vollstreckungsurteil.

Das Verhältnis ist also dieses: der inländische Richter, der dem Schuldner Leistung anbefiehlt, begründet inländische Vollstreckungsmacht. Der Schiedsrichter und der ausländische Richter bedarf, um denselben Erfolg herbeizuführen, eines inländischen Richterspruchs als Durchgangspunkts. Im ersten Fall wendet sich der Richter an den Schuldner mit dem Befehl: „leiste"[3]; und dieser Befehl schliesst die Erlaubnis: „du darfst vollstrecken"

---

etc. — Ganz unrichtig Kayser S. 689: Um die Rechtskraft eines ausländischen Urteils im Inland zu erwirken, bedarf es regelmässig . . . der Erhebung der Vollstreckungsklage.

[1] Wach I S. 225 Note 18: „das Vollstreckungsurteil ruht ganz auf der materiellen Rechtskraft, es deklariert nicht vorhandene Vollstreckbarkeit, sondern verleiht dieselbe."

[2] Darüber, dass nach dem Recht der Civilprozessordnung keine Klage auf Erfüllung der ausländischen Judikatsobligation gegeben ist, dass also keine Umwandlung des ausländischen Urteils in ein inländisches stattfindet, vielmehr das Auslandsurteil als solches für vollstreckbar erklärt wird, s. R.G.E.. Bd. 16 S. 432. — Die hier vertretene Ansicht steht der durch praktische Rücksichten gebotenen Möglichkeit, in dem Verfahren zur Erlangung des Vollstreckungsurteils später entstandene Erlöschungsgründe der Leistungspflicht zu berücksichtigen, nicht entgegen. Denn ein Bedürfnis für den Kläger, den inländischen Vollstreckungsbefehl zu erlangen, besteht nur, wenn er etwas zu vollstrecken hat, mit andern Worten, bei Fortdauer der Leistungspflicht. v. Bar, Theorie und Praxis Bd. 2 S. 493ff.; Gaupp II Bem. I zu § 660; Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 661 u. A.

[3] S. oben S. 49 Anm. 5.

für den Gläubiger in sich; im zweiten Fall enthält das Urteil des inländischen Richters nur diese letztere Erlaubnis.

I. Indem durch diese Anordnung das Vollstreckungsurteil ganz in derselben Weise konstitutiv für das Vollstreckungsrecht wirkt, wie die Verurteilung durch den inländischen Richter, geht dasselbe über eine blosse Feststellung[1] so gut wie jene[2] hinaus. Die in ihm getroffene Anordnung hat theoretisch die meiste Aehnlichkeit mit derjenigen Thätigkeit des Richters, durch welche er dem Urteil vorläufige Vollstreckbarkeit verleiht; hier gestattet er Vollstreckung vor eingetretener Rechtskraft, dort ergänzt er die vorangegangene Entscheidung im Punkt der (inländischen) Vollstreckbarkeit. Wir werden dementsprechend unten (S. 68 Ziff. 2) sehen, dass die Motive zur Reichscivilprozessordnung[3] auch in der letztgenannten Beziehung mit dem Begriff „Vollstreckbarkeitserklärung“ operieren.

Der Erfolg des Vollstreckungsurteils ist Begründung inländischer materieller Vollstreckbarkeit[4]. Der Eintritt der formellen Vollstreckbarkeit des Urteils richtet sich dabei nach den allgemeinen Regeln[5].

Nach dem, was oben über die materielle Vollstreckbarkeit ausgeführt wurde, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die als Grundlage für das Vollstreckungsurteil dienenden früheren Entscheidungen solche sein müssen, die den Schuldner zur Leistung verurteilen, andernfalls wäre für die Anordnung „exsequaris“ so wenig wie bei der analogen richterlichen Entscheidung der vorläufigen Vollstreckbarkeit Raum[6]. Der Widersinn in zweiter Potenz könnte hier auftreten, wenn für das feststellende Auslandsurteil ein Vollstreckungsurteil erlassen und dieses noch für vorläufig vollstreckbar erklärt würde!

Die Richtigkeit des Satzes, dass das Gesetz das Vollstreckungsurteil nur bei solchen ausländischen Urteilen und in-

[1] So: Hellmann, Krit. Vierteljahrschr. Bd. 39 S. 441.

[2] Oben S. 35 bei Anm. 1, S. 52 bei Anm. 4.

[3] Zu §§ 809—811 des Entw. (Hahn S. 496).

[4] Gaupp, Bem. I zu § 661: Bei den Urteilen nach § 661 bildet der aus dem ausländischen Urteil hervorgehende prozessrechtliche Anspruch auf Vollstreckung den durch das Urteil festgestellten Anspruch im Sinn des § 686.

[5] Die Vollstreckungsklausel wird dem Vollstreckungsurteil angehängt. Francke a. a. O. S. 10.

[6] Richtig: R.G.E. Bd. 9 S. 372, 373.

ländischen Schiedssprüchen kennt, die zur Leistung verurteilen, ergiebt sich aus dem Gesetz mit voller Bestimmtheit.

1. Für den Schiedsspruch setzt der § 866 ausdrücklich fest, dass er die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils habe. Hiedurch ist ausser Zweifel gestellt, dass in allen Rechtskraftbeziehungen, soweit sie nicht Zwangsvollstreckung sind, der Schiedsspruch als solcher, mithin ohne Vollstreckungsurteil, wirksam ist, dass also der vom Reichsgericht gebilligte[1] Grundsatz:

jeder Schiedsspruch bedürfe, wenn er rechtswirksam sein solle, der gerichtlichen Bestätigung,

nie und nimmer aus dem Gesetz sich herleiten lässt. Vielmehr ist jeder Schiedsspruch auch ohne Vollstreckungsurteil geeignet, die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache zu begründen und wirkt, soweit er eine positive oder negative Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder eines Anspruchs enthält, ganz wie ein rechtskräftiges Urteil. Es sagen denn auch die Motive zu §§ 807, 808 des Entw. (§§ 866, 867 C.P.O.)[2], es erledige der Schiedsspruch den Rechtsstreit materiell wie ein vom Gericht erlassenes rechtskräftig gewordenes Urteil und finde die Anfechtungsklage in demselben Sinn wie die Nichtigkeit- und Restitutionsklage (§§ 542, 543ff. C.P.O.) statt. Wie würde sich hiemit die an den obsiegenden Teil zu stellende Zumutung vertragen, er habe in allen Fällen erst dem Beklagten durch Anstellung der Klage auf Vollstreckungsurteil Gelegenheit zum Vorbringen aller Einwände zu gewähren, während gerade dem unterlegenen Teil, wenn er sich bei der ergangenen Entscheidung nicht beruhigen will, auferlegt ist, wie beim ordentlichen rechtskräftigen Urteil mit der Wiederaufnahme des Verfahrens gemäss § 542ff., so beim Schiedsspruch mit der Anfechtungsklage des § 867 seinerseits angriffsweise vorzugehn.

Es will uns überhaupt bedünken, als ob die Bedeutung des § 866 von der Theorie in unbegründetem Masse herabgedrückt würde. Wach[3] lehrt, die Kraft des Schiedsspruchs ruhe nicht in seiner

---

[1] R.G.E. Bd. 16 S. 422. Das Resultat, zu dem diese Entscheidung hinsichtlich des § 779 kommt, ist übrigens richtig. Kohler im Arch. f. civ. Praxis Bd. 80 S. 287 (vgl. unten S. 68 oben). — Aehnlich wie das Reichsgericht: Struckmann-Koch, Anm. 1 zu § 868.

[2] Hahn S. 496.

[3] Handbuch I S. 74.

Wahrheit oder Gerechtigkeit, sondern in dem übereinstimmenden Willen der Parteien, und Kohler[1] sagt, der Schiedsspruch wirke nicht aus eigener Kraft, sondern aus der Kraft des vorangegangenen Vertrags, der vorangegangenen Parteivereinbarung. Allein gerade die durch § 866 festgesetzte Rechtskraftwirkung, welche hier wie beim Urteil die Ungiltigkeit des Rechtskraftverzichts (s. oben S. 25 Anm. 4) wirken muss[2], würde der Parteiwille nicht erzielen können; sie beruht vielmehr auf dem Gesetze, welches der auf übereinstimmende Willenserklärung erfolgten Entscheidung einer dritten Privatperson im wesentlichen dieselbe Wirkung beilegt wie dem richterlichen Urteil[3].

Infolge der mannigfachen Anfechtungsgründe ist der Schiedsspruch wohl labiler als das Urteil. Allein das Gesetz geht von dem Regelfall des gesunden, ordnungsmässig zustande gekommenen Schiedsspruchs aus, und verweist dessen Anfechtung auf den Weg besonderer Klage. Diese Klage darf, abgesehen von § 868 Abs. 2, nicht in eine blosse Einrede oder Replik umgesetzt werden. Wenn Kohler[4] eine „faktische Aehnlichkeit, eine Aehnlichkeit des intellektuellen Erkenntnisvorgangs“ zwischen der Thätigkeit des arbiter und des Richters nicht verkennen will, so dürfte dies zu eng sein. Beide urteilen, d. h. geben Willensakte, Befehle von sich, denen das Gesetz im wesentlichen dieselbe „Rechtskraft“ beilegt[5].

2. Als einzige Ausnahme hinsichtlich der in § 866 aufgestellten Rechtskraftwirkung, verordnet sodann der § 868, dass die Vollstreckung aus dem Schiedsspruch nur auf Grund eines Vollstreckungsurteils stattfinde. Als Grundlage des Vollstreckungsurteils erscheint, wie beim ausländischen Urteil nach § 661 No. 1, die Rechtskraft des Schiedsspruchs[6], und es kann daher der bisher wie es scheint unwidersprochenen Ansicht des Reichsgerichts[7], dass die Parteien, wenn sie innerhalb des Schiedsverfahrens einen

[1] Ges. Beiträge S. 240 (s. auch unten S. 68 Anm. 7).

[2] Was Kohler gegen Wach anerkennt.

[3] Doch s. auch unten S. 67 Ziff. 5.

[4] S. 242.

[5] Vgl. neuerdings R.G.E. Bd. 38 S. 412.

[6] Gaupp, Bem. 3 zu § 866 2. Aufl.

[7] E.Bd. 29 S. 390 (= Jur. Wochenschrift 1892 S. 162); Gaupp, Bem. I zu § 866; Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 868; Kohler, Ges. Beitr. S. 135.

Instanzenzug vereinbart haben, die vorläufige Vollstreckbarkeit des erstinstanzlichen Schiedsspruch mit der Wirkung begründen könnten, dass auf Grund desselben das Vollstreckungsurteil erlassen werden müsste, nicht beigetreten werden. Nur für die letzte, den Streit mit Rechtskraftwirkung erledigende Sentenz kann das Vollstreckungsurteil erlassen werden. Auf die Frage, unter welchen Umständen der Richter ein Vollstreckungsurteil zu erlassen habe, erstreckt sich das Dispositionsrecht der Parteien (§ 860 Abs. 2) selbstverständlich nicht[1]. —

Das gesetzgeberische Motiv des § 868 ist einleuchtend: da das Verfahren bei Erlassung eines Schiedsspruchs nicht dieselben Garantien bietet, wie dasjenige vor den ordentlichen Gerichten, so lehnt der Staat es ab, zu der zwangsweisen Verwirklichung des Schiedsspruchs mit Hilfe der staatlichen Vollstreckungsorgane ohne weiteres beizutragen; er will sich vielmehr vor dieser einschneidendsten Massregel vorbehalten, den vorangegangenen Spruch in beschränktem Umfang auf seine ordnungsmässige Entstehung (§ 867 Ziff. 1, 3—6) und auf die Gesetzmässigkeit ihres Inhalts (das. Ziff. 2) zu prüfen[2].

3. Es ergiebt sich hieraus, sowie aus dem oben (S. 20) dargestellten Grundsatz der Teilbarkeit der Vollstreckbarkeit, dass bei demselben Schiedsspruch, wenn er teils verurteilt, teils den Anspruch für unbegründet erklärt, verschiedene Voraussetzungen für seinen Gebrauch zum Angriff oder zur Verteidigung bestehen, indem die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung von der Erwirkung des Vollstreckungsurteils abhängt, dagegen die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache auf Grund der klagabweisenden Entscheidung ohne solches Urteil geltend gemacht werden kann. Ja es äussert der verurteilende Teil der Entscheidung selbst wieder seine Wirksamkeit unter verschiedenen Voraussetzungen, nämlich mit oder ohne Vollstreckungsurteil, je nachdem er angriffs- oder verteidigungsweise benützt wird.

Der Grund dafür, dass der Staat für diesen verschiedenen

---

[1] Auch Wilmowski-Levy (Anm. 1 zu § 866) anerkennen, dass im fraglichen Fall erst nach Erschöpfung des Instanzenzugs ein definitiver Schiedsspruch vorliege; nur ein solcher kann aber in § 868 gemeint sein.

[2] Es sind dieselben Erwägungen, wie bei dem Vollstreckungsurteil aus dem ausländischen Urteil hier massgebend (Wach I S. 224; Richard S. 26, 27).

Gebrauch des Urteils abweichende Voraussetzungen aufstellen kann und aufgestellt hat, liegt darin, dass die Vollstreckung, als positive Rechtshandlung des Staats, gegenüber der blossen Anerkennung der materiellen Rechtskraft ein Mehr ist, dessen Voraussetzungen besonders zu regeln für den Gesetzgeber gegründeter Anlass vorliegt[1].

4. Es wird nun die Ansicht aufgestellt, es müsse derjenigen im schiedsrichterlichen Verfahren obsiegenden Partei, welche nur die allgemeine Rechtskraftwirkung, nicht aber die spezielle der Vollstreckung, erzielen wolle, deshalb die Klage auf Vollstreckungsurteil zugestanden werden, um die Notfrist des § 870 Abs. 1 und 2 dem Gegner gegenüber in den Lauf zu setzen[2]. Durch das Vollstreckungsurteil erhalte in diesem Fall der Schiedsspruch „erhöhte Rechtskraftwirkung". — Diese Ansicht widerspricht aber dem § 866, wonach die allgemeine Rechtskraftwirkung dem Schiedsspruch an sich, also ohne Vollstreckungsurteil zukommt. Es mag de lege ferenda wünschenswert sein, dass die Anfechtung des Schiedsspruchs im allgemeinen, und nicht nur in den Fällen des § 870, vgl. mit § 869, an eine Frist geknüpft wäre. Da das nicht geschehen, ist die obsiegende Partei, falls der Gegner sich anschickt, Aufhebungsgründe geltend zu machen, auf eine Feststellungsklage nach § 231 angewiesen, deren Antrag dahin ginge: es stehe dem Gegner das Recht, Aufhebung des Schiedsspruchs zu verlangen, nicht zu (wie man es beim Urteil dem Sieger nicht verwehren kann, falls der Gegner seine Rechtslage durch Anstalten zur Wiederaufnahme des Verfahrens beunruhigt, seiner Klage durch eine negative Feststellungsklage zuvorzukommen[3]). Bedenklich erscheint es, von einer „gesteigerten Rechtskraftwirkung" zu sprechen: so gut das Urteil volle Wirksamkeit besitzt, sobald die ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr zulässig sind, ohne Rücksicht darauf, ob die Fristen zur Erhebung der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage noch im Laufe sind, so gut hat der Schiedsspruch nach § 866 volle Wirksamkeit trotz

[1] S. hierüber v. Bar, Theorie und Praxis Bd. II S. 409 ff., besonders S. 419, 421; Lehrbuch S. 179 ff.; Richard S. 26 ff.

[2] Z. B. Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 868; vgl. Wach I S. 76.

[3] Hiemit anerkennen wir, in bewusstem Gegensatz zu Kohler, Prozessrechtliche Forschungen S. 69 Anm. 1, eine Klage auf Feststellung einer prozessualen Situation (s. auch unten S. 73 zu Anm. 3).

Zulässigkeit der Anfechtungsklage, wenn auch deren Voraussetzungen zeitlich und materiell andere sind, als diejenigen der Wiederaufnahme des Verfahrens. Man wird auch beim Urteil nicht von einer Erhöhung der Rechtskraftwirkung bei ungenütztem Ablauf der in § 549 bezeichneten Frist sprechen dürfen.

Nach alle diesem liegt lediglich kein Grund vor, den § 868 seinem Wortlaut zuwider, und im offenen Gegensatz zu § 866 auf Fälle anzuwenden, in denen keine Vollstreckung stattfindet. Unzweideutiger als es in den §§ 866, 868 geschehen ist, hätte es das Gesetz nicht zum Ausdruck bringen können, dass es in der Vollstreckung des Urteils eine besondere, eigenartig zu regelnde Abzweigung der Rechtskraftwirkung erblicke.

5. Wegen der bereits im vorigen Paragraph (S. 44ff.) hervorgehobenen Eigenartigkeit des Urteils aus § 779 ist die Frage noch besonders zu erörtern, ob nicht für Schiedssprüche, die auf Abgabe einer Willenserklärung ergehen, also einen nicht vollstreckbaren Inhalt haben, ausnahmsweise das Vollstreckungsurteil zulässig sei. Wir gelangen mit dem mehrerwähnten reichsgerichtlichen Urteil vom 28. Juni 1886[1] (Entsch. Bd. 16 S. 420) zur Bejahung dieser Frage auf Grund folgender Erwägungen:

Dass das Gesetz das in § 779 bezeichnete Vollstreckungssurrogat nur an ein richterliches Urteil, nicht an den Schiedsspruch knüpfen wollte, dürfte aus § 779 selbst zu beweisen sein: denn nach Abs. 1 Satz 2 tritt die Fiktionswirkung, wenn die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig ist, ein, sobald unter Einhaltung der Vorschriften in §§ 664, 666 eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist. Diese Form würde beim Schiedsspruch gänzlich versagen, wenn man nicht das Vollstreckungsurteil eintreten liesse. Ist also für eine Gruppe der auf Abgabe einer Willenserklärung lautenden Schiedssprüche, soll anders der Kläger nicht rechtlos gestellt werden, das Vollstreckungsurteil zuzulassen, so muss dasselbe auch für die übrigen Schiedssprüche gelten und ein legislativer Grund, das Vollstreckungssurogat nur auf Grund richterlichen Urteils zu gewähren, also in diesem Punkt das an sich vollstreckungsfähige (oben S. 3 Anm. 2) Urteil des § 779 den vollstreckbaren Urteilen gleich

[1] Dessen Schlussergebnis, mit Ausnahme von Forkel S. 13, allgemein als richtig anerkannt zu sein scheint.

zu behandeln, liegt wohl vor. Der § 866 muss sich die Durchbrechung des darin aufgestellten Grundsatzes für diesen eigenartigen Fall der erweiterten Rechtskraftwirkung gefallen lassen[1]. Ebenso ist das Vollstreckungsurteil — wie wir des Zusammenhangs wegen vorgreifend hier erwähnen — für Urteile ausländischer Gerichte, die auf Abgabe einer Willenserklärung lauten, dann zuzulassen, wenn das ausländische Recht die Fiktionswirkung nicht an die Rechtskraft des ausländischen Urteils knüpft. Wäre letzteres der Fall, so würde, da die Rechtskraftwirkung der ausländischen Entscheidung nach dem dortigen Recht beurteilt werden muss[2], dem Interesse des Klägers (von Ausnahmefällen abgesehen, s. oben S. 27, 28) schon mit dem ausländischen Urteil Genüge geschehen sein[3]. Liesse dagegen das ausländische Recht aus dem Urteil nur direkten Zwang zu, so wäre ein Vollstreckungsurteil zum Zwecke thatsächlicher Zwangsanwendung im Inland durch § 661 Nr. 1 C.P.O. ausgeschlossen[4]; die Versagung des Vollstreckungsurteils zur Erreichung der Fiktionswirkung des § 779 würde zur Rechtlosigkeit des Klägers führen[5].

II. Ganz dieselben Grundsätze wie für den Schiedsspruch gelten hinsichtlich der Frage, zu welchen ausländischen Urteilen ein Vollstreckungsurteil erlassen werden kann. Die Analogie ist ausdrücklich bestätigt in den Motiven zu §§ 809—811[6] mit den Worten:

„In beiden Fällen handelt es sich um Urteile, welche von einem Gericht erlassen sind, das weder von dem Reich noch von den Bundesstaaten eingesetzt ist. Es ist daher in beiden Fällen nötig, bevor das Urteil für vollstreckbar erklärt wird, dass der Verurteilte gehört, dass also die Vollstreckbarkeitserklärung im Weg einer actio judicati beantragt wird“[7].

---

[1] Im Resultat ebenso Kohler, civ. Arch. Bd. 80 S. 287, 288, welchem hier die oben S. 44 Anm. 4 erwähnte Konstruktion zu statten kommt. — Wie hier: Kipp S. 130 oben.

[2] v. Bar, Theorie und Praxis Bd. 2 S. 459ff. (unrichtig Francke a. a. O. S. 120).

[3] Anderer Ansicht Kipp S. 131, 132.

[4] Wilmowski-Levy, Anm. 4 zu § 661.

[5] Für die Zulassung des Vollstreckungsurteils die Kommentare und Kohler a. a. O. S. 278, 279.

[6] Hahn S. 496.

[7] Nach dem Recht der Civilprozessordnung ist also die Klage auf Voll-

Welche Wirkung, abgesehen von der Vollstreckung, dem ausländischen Urteil zukommt, ist in der Civilprozessordnung nicht entschieden. Wäre eine, dem § 866 entsprechende Vorschrift gegeben, so hätte sie dahin zu lauten, dass dem ausländischen Urteil die Wirkung der Rechtskraft nach Massgabe des betreffenden ausländischen Rechts zukomme[1]. Dass die Civilprozessordnung eine derartige Bestimmung nicht aufgenommen hat, erklärt sich daraus, dass sie bekanntlich Uebergriffen in das materielle Recht thunlichst aus dem Weg gegangen ist. Wo indes solche sich nicht vermeiden liessen, sind dieselben stets besonders gerechtfertigt, was insbesondere auch anlässlich der dem materiellen Recht angehörigen Bestimmung des § 866 geschehen ist[2], während sich zu § 660 keine Andeutung davon in den Motiven findet.

Sowohl beim ausländischen Urteil, wie beim Schiedsspruch lautet nun die massgebende Vorschrift übereinstimmend dahin, dass aus ihnen „die Zwangsvollstreckung nur stattfinde, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurteil ausgesprochen sei“ (§§ 660 Abs. 1, 868 Abs. 1).

Ist aber, wie gezeigt, beim Schiedsspruch eine ausdehnende Auslegung dahin, dass nicht nur die Vollstreckungsbefugnis, sondern auch die sonstigen Rechtskraftwirkungen von der Erlassung des Vollstreckungsurteils abhängig seien, im Hinblick auf § 866 unmöglich, so kann sie auch nicht bei den ganz analog ausgestalteten Bestimmungen über die Vollstreckung ausländischer Urteile zulässig sein[3], und die Konsequenz, dass hienach der

---

streckungsurteil beim Schiedsspruch nicht actio ex laudo (d. h. Klage auf Grund des aus dem Schiedsspruch hervorgehenden Erfüllungsanspruchs, wobei Kläger als Grundlage dieses Anspruchs den ordnungsmässig zustande gekommenen Schiedsvertrag nachweisen müsste, wie Kohler, Ges. Beiträge S. 240, 476/77 annimmt), sondern actio judicati auf Anerkennung der vom Schiedsrichter getroffenen Entscheidung als geeigneter Grundlage der Vollstreckung (Planck II S. 627).

[1] Richard S. 37 Anm. 56.

[2] Motive zu §§ 792—813 (Hahn S. 489, 490).

[3] Auch die Motive zu §§ 610, 611 (Hahn S. 432 oben) müssen anerkennen, dass dem inländischen Richter keine Kognition über die materielle Rechtmässigkeit des auswärtigen Erkenntnisses zusteht, und deuten mit keinem Wort an, dass der inländische Richter die Frage der Rechtskraftwirkung nach seinen Gesetzen prüfen solle. Nur die unmittelbare exekutorische Kraft ausländischer Urteile für das Inland wird verneint (Richard S. 44; unrichtig Heidecker S. 453 Anm. 1) — und dies mit Recht, da ein

Gebrauch desselben ausländischen Urteils zum Angriff und zur Verteidigung verschiedenen Voraussetzungen unterliegt — dort des Vollstreckungsurteils bedarf, hier aber nicht, beweist nichts, da wie oben gezeigt, dasselbe auch beim Schiedsspruch rechtens ist.

Soviel ist freilich unbestritten, weil unbestreitbar, dass der Erlass eines Vollstreckungsurteils auch inländische res judicata zu Gunsten des Klägers wirkt, weil eben die Zulassung zur Vollstreckung nur auf der Grundlage der Anerkennung der Rechtskraft in diesem konkreten Fall erfolgen kann[1].

Und auch der Folgerung ist beizustimmen, dass der deutsche Richter die Rechtskraft eines jeden ausländischen Urteils, jedenfalls dann respektieren muss, sobald die Voraussetzungen des § 661 ihm nachgewiesen sind[2]. Allein der Grund hiefür liegt nicht in einer ausdrücklichen diesbezüglichen Gesetzesbestimmung, sondern lediglich in der unabweislichen Erwägung, dass das deutsche Reich, indem es solchen Urteilen zutreffenden Falls die Vollstreckbarkeit gewährt, in schlüssigster, solenner Weise seinen Willen dahin erklärt hat, dass beim Vorhandensein jener Voraussetzungen ausländischen Urteilen die weitestgehende Rechtskraftwirkung zukommen soll, wie es andererseits eine Umgehung des Gesetzes wäre, wenn der Gläubiger, dem ein inländisches Vollstreckungsurteil nicht zu gewähren ist, mit einer Leistungsklage auf den Grund der ausländischen Rechtskraft zugelassen würde[3].

Alle weiteren Schlussfolgerungen dagegen sind von der Hand zu weisen. Unrichtig ist die, auf die reichsgerichtliche Entscheidung Bd. 8 S. 385 gestützte, herrschende Lehre, auch die übrigen Rechtskraftwirkungen eines ausländischen Urteils (abgesehen von dem Vollstreckungsrecht) seien den Vorschriften des § 661 in dem Sinn unterworfen, dass dieselben beim Mangel einer der dort aufgestellten Voraussetzungen zu verneinen wären[4]. Viel-

völkerrechtlicher Anspruch auf Vollstreckung über die Grenzen des Staates hinaus, in welchem das Urteil erging, nicht besteht (Wach I S. 224; Struckmann-Koch, Anm. 1 zu § 660).

[1] v. Bar, Lehrbuch S. 182.

[2] Derselbe, Theorie und Praxis II S. 421.

[3] Vgl. oben S. 61 Anm. 2. — Fitting § 91 Note 35.

[4] Mit Ausnahme Gaupp's (Bem. VIII zu § 661) fast sämtliche Kommentare; ebenso Wach, Handbuch I S. 224ff. und (grösstenteils) Francke S. 112ff. — Gegen die Entscheidung des Reichsgerichts mit durchschlagenden Gründen: Beauchet S. 242ff.; Richard S. 36ff.; v. Bar,

mehr richtet sich die Frage, inwieweit die Rechtskraft ausländischer Urteile im Inland anzuerkennen sei, nach den allgemeinen Grundsätzen des internationalen Rechts[1]. Diese letzteren stimmen aber mit § 661 Nr. 1—5 nicht durchweg überein[2], insbesondere kann die Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes der Reciprocität (§ 661 Nr. 5) hinsichtlich der Anerkennung der Rechtskraft ausländischer Urteile nun und nimmermehr ein völkerrechtlich begründeter Satz sein[3].

Während das internationale Privatrecht mit vollem Grund die Nichtanerkennung der im Ausland nach ausländischem Recht vollzogenen Privatwillensakte als längst überwundenen Standpunkt betrachtet[4], will man dagegen die Anerkennung der in der urteilenden Thätigkeit sich vollziehenden Aeusserung der ausländischen Staatsgewalt, — und schliesslich beruht doch auch die rechtliche Giltigkeit der im Ausland geschlossenen Verträge auf dem fremden Staatswillen[5] — von der Verbürgung der Gegenseitigkeit abhängig machen[6]. Man vergegenwärtige sich, dass

---

Theorie und Praxis Bd. II, insbesond. S. 421 Note 21. Auch Planck Bd. II S. 361 spricht sich gegen die herrschende Ansicht aus. — Unhaltbar ist die Unterscheidung Francke's S. 112 ff. zwischen der Behandlung feststellender und klagabweisender ausländischer Urteile, vielmehr stehen diese beiden Arten von Urteilen einander völlig gleich (s. oben S. 6 zu Anm. 1); Francke's Ansicht hat denn auch keine Nachfolger gefunden. Ebenso unhaltbar ist die Unterscheidung Kohler's in Z. f. C.P. Bd. 10 S. 450 ff. (Ges. Beitr. S. 536 ff.) zwischen ausländischen Urteilen auf Leistung und auf Unterlassung; §§ 660, 661 kennen diese Unterscheidung nicht; so mit Recht Heidecker S. 460 ff.

[1] v. Bar, Theorie und Praxis II S. 409—423; Richard S. 35 ff.

[2] Der Streit dreht sich, da die Voraussetzungen der Ziff. 1—3 des § 661 sich aus diesen allgemeinen Grundsätzen ergeben (Ziff. 1 Rechtskraft: Seuffert, Kommentar Anm. 8 a zu § 661 [anderer Ansicht hinsichtlich der Vollstreckbarkeit: v. Bar II S. 470]; im Inland anerkanntes Rechtsgut, analog dem § 661 Nr. 2: Seuffert a. a. O., Richard S. 31 No. 3; Zuständigkeit des ausländischen Gerichts: v. Bar S. 423 ff. Seuffert a. a. O.) im wesentlichen nur um die Ziff. 4 und 5, wovon die erstere Bestimmung jedenfalls im allgemeinen, wenn auch nicht in der positiven Beschränkung auf Inländer, dem internationalen Recht angehört (so v. Bar S. 490; anderer Ansicht Seuffert a. a. O).

[3] v. Bar a. a. O.; Richard S. 39 ff.; Gaupp, Bem. VIII, 2 zu § 661.

[4] v. Bar a. a. O. I S. 337 ff.

[5] Vgl. v. Bar S. 419 Anm. 18 a. E.

[6] Nach Richard (S. 18) ignorieren sogar mit Ausnahme von England, Frankreich und Brasilien fast alle andern Länder die rechtskräftigen Urteile

z. B. die in Frankreich rite geschlossene Ehe giltig, die hinsichtlich derselben Ehe durch die dortigen Gerichte ausgesprochene Scheidung dagegen, mangels Verbürgung der Gegenseitigkeit[1] in Deutschland wirkungslos, die Wiederverheiratung eines der geschiedenen Eheleute mit einer dritten Person daher hier unstatthaft, die trotzdem erfolgte Wiederverheiratung nach § 171 Str.G.B. als Bigamie strafbar wäre[2].

Es gilt hier mit einer Lehre zu brechen, deren praktische Ergebnisse geradezu ungeheuerlich genannt werden müssen.

Ihre Unrichtigkeit lässt sich aber auch aus dem Gesetze selbst beweisen. Nach § 661 Nr. 2 ist das Vollstreckungsurteil zu versagen, wenn die Handlung, wozu der ausländische Richter den Beklagten verurteilt hat, nach dem Recht des angerufenen deutschen Richters nicht erzwungen werden darf, wenn also der Vollstreckung des Urteils ein in dem betreffenden Bundesstaat giltiges Gesetz entgegen steht. Hieraus folgt, dass nach dem Sinn des Gesetzes das dem Sieger im Vollstreckungsurteil erwachsende Recht sich in der Vollstreckung erschöpft. Andernfalls liesse es sich nicht rechtfertigen, die Gewährung oder Versagung des Vollstreckungsurteils von der genannten Voraussetzung abhängig zu machen. Wie könnte es der Gesetzgeber verantworten, wegen jenes rein zufälligen Umstands dem Kläger ausser dem Vollstreckungsrecht auch noch die weiteren Rechte abzusprechen, welche nach der gegnerischen Ansicht für ihn durch das Vollstreckungsurteil begründet würden, nur durch dieses begründet werden könnten? Das beweist aber zugleich, dass die Abweisung der auf Vollstreckungsurteil gerichteten Klage nicht zugleich Verneinung der inländischen Rechtskraftwirkung ist, wie sie es sein müsste, wenn auch der Gebrauch des ausländischen Urteils zu andern Zwecken als zu seiner Vollstreckung von dem Erlass des Vollstreckungsurteils oder doch wenigstens von dem Vorhandensein der in § 661 aufgestellten Erfordernisse abhinge[3].

---

der Auslandsstaaten völlig, und nach Neubauer (in Boehm's Zeitschrift für internationales Privatrecht, Bd. 3 S. 334) erkennen nicht einmal die nordamerikanischen Staaten gegenseitig die Scheidungsurteile an, soweit es sich um Inländer handelt.

[1] Vgl. Boehm's Zeitschrift Bd. 7 S. 326 Ziff. 7.

[2] Soweit nicht § 59 Str.G.B. eingreift.

[3] R.G.E. Bd. 36 S. 383ff sagt: dasjenige Urteil, für welches ein Voll-

Mit der Abweisung des Vollstreckungsurteils ist unserer Ansicht nach nur die Befugnis zur inländischen Vollstreckung verneint, nicht die Rechtskraftwirkung des ausländischen Urteils überhaupt. Wenn daher im Ausland eine Verurteilung auf Herstellung des ehelichen Lebens ergangen und seitens der obsiegenden Partei das Vollstreckungsurteil in einem deutschen Bundesstaat nachgesucht würde, in welchem kein direkter Zwang aus solchen Urteilen stattfindet, so bewirkt die alsdann notwendig erfolgende Klagabweisung nicht den Verlust der sonstigen, aus dem ausländischen Urteil folgenden Rechte im Inland[1], ja sie würde nicht einmal der Wiedereinbringung derselben Klage in einem Bundesstaat, welcher die zwangsweise Vollstreckung eines Urteils zulässt (z. B. Reuss ä. L.), entgegenstehen.

Wenn nach der hier vertretenen Ansicht[2] das ausländische Urteil zu seiner inländischen Bewährung nur insoweit des Vollstreckungsurteils bedarf, als der Kläger dasselbe zur Zwangsvollstreckung bringen will, nicht aber bezüglich der sonstigen Rechtskraftwirkungen, so besteht auch in dieser Hinsicht vollständige Uebereinstimmung mit den beim Schiedsspruch bestehenden Grundsätzen. Derjenige Rechtsbehelf, welcher beim Vorliegen eines ausländischen Urteils nicht vollstreckbaren Inhalts dem Sieger zu Gebote steht, ist nicht das Vollstreckungsurteil, sondern die auf Anerkennung der inländischen Wirksamkeit des ausländischen Urteils durch den Gegner gerichtete Klage aus § 231 C.P.O.[3], welche den Nachweis rechtlichen Interesses, also für die Regel eines Bestreitens dieser Wirksamkeit durch den Gegner voraussetzt.

Bei der Entstehungsgeschichte des § 661 Nr. 5[4] und bei den erheblichen Bedenken, welche sich gegen das Prinzip der

---

streckungsurteil nicht verlangt werden könne, werde auch im Inland nicht rechtskräftig (!), will aber dem Zusammenhang nach bloss sagen: ein solches Urteil, bezüglich dessen die Voraussetzungen des § 661 nicht vorliegen.

[1] Z. B. könnte in Württemberg trotz der durch Art. 7 Abs. 1 des Ausführungsgesetzes zum Reichsgesetz vom 18. Aug. 1875 (Reg.Bl. S. 463 ff.) gebotenen Klagabweisung die Ehescheidung wegen Quasidesertion verlangt werden (Art. 7 Abs. 2 das.).

[2] Zu demselben Resultat gelangt Richard a. a. O.

[3] Heidecker S. 468 Anm. 30 (s. auch unten S. 75).

[4] Gegen den Antrag der Bundesregierung auf Antrag Struckmann's. Hahn I S. 804 ff., II S. 887 ff.

Gegenseitigkeit erheben[1], dürfte anlässlich der bevorstehenden Novelle zur Civilprozessordnung die Wiederaufrollung der Frage, ob für Vollstreckungsurteile oder gar — wie mit der zur Zeit herrschenden Lehre anzunehmen wäre, — für die Rechtskraftwirkung ausländischer Urteile das Prinzip der Gegenseitigkeit aufrechtzuerhalten sei, geboten sein. Sollte nicht eine Regelung in der Richtung in Erwägung gezogen werden können, dass, unter Aufgabe jenes Grundsatzes, die Rechtskraft der Urteile der im einzelnen aufzuführenden Kulturstaaten in vollem Umfang (also auch hinsichtlich der Vollstreckbarkeit) anzuerkennen, und die Bestimmung weiterer Staaten, bei welchem dasselbe gelten solle, im Weg bundesrätlicher Verordnung vorbehalten bliebe?

Auf diese Weise würde das deutsche Reich, was schon bei Erlassung der Civilprozessordnung beabsichtigt war, den Kulturstaaten mit gutem Beispiel vorangehen[2], bezw. in solchem dem Königreich Italien nachfolgen. Andererseits wäre für die Auslandsstaaten ein Kompelle gegeben, auf die Anerkennung ihrer Urteile in Deutschland durch entsprechende Garantien bezüglich ihrer Rechtspflege hinzuwirken. (Vgl. Zuzatz 5.) —

Aufs entschiedenste müssen wir noch der allmählich Boden gewinnenden Ansicht[3] widersprechen, dass ausländische Urteile auf Ehescheidung zu ihrer Rechtsbewährung im Inland des Vollstreckungsurteils bedürfen. Die Quelle dieser Ansicht dürfte bei Hinschius in seinem Kommentar zum Reichsgesetz (3. Aufl. 1875) zu finden sein, welcher nur den zu billigenden Satz vertritt, dass der Standesbeamte nicht ohne weiteres eine die Trennung der Ehe oder deren Nichtigkeit aussprechende ausländische Entscheidung gemäss § 55 Abs. 1 R.G. in das Standesregister eintragen soll.

---

[1] S. namentlich v. Bar II S. 413 ff., 436, 455 ff., welcher S. 463 die Aufstellung des Grundsatzes der Gegenseitigkeit für die prinzipielle Anerkennung der res judicata absurd und unjuristisch nennt.

[2] S. v. Bar a. a. O. S. 510 Note 78.

[3] Leske in Leske und Löwenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr I S. 812 Note 2. Wilmowski-Levy, Anm. 2 zu § 660; Heidecker S. 470 ff.; Kayser a. a. O. S. 686 ff. (dessen gänzlich unhaltbare Ausführungen von Heidecker widerlegt sind). Meistens wird hier mit dem unzutreffenden Gesichtspunkt operiert, dass der Eintrag in die Standesregister-„Vollstreckung“ des ausländischen Urteils sei. So auch Francke S. 20, 96.

Keineswegs stellt dagegen das Gesetz die Vorschrift auf, dass nur inländische Urteile des bezeichneten Inhalts eingetragen werden dürfen[1], für die Eintragung ausländischer Urteile dagegen das Vollstreckungsurteil notwendig sei; vielmehr ist die Eintragung, soweit sich keine Bedenken ergeben, sofort zu bewirken. Andernfalls wäre die Partei auf eine dem andern Ehegatten gegenüber zu erhebende Feststellungsklage auf Anerkennung des ausländischen Urteils[2] angewiesen. Auf diesem Standpunkt scheint denn auch die Praxis der Standesämter, bezw. der diesen vorgesetzten Aufsichtsbehörden, deren Genehmigung zum Eintrag ausländischer Urteile im Fall des § 55 Abs. 1 durch die Landesgesetze zur Ausführung des Personenstandsgesetzes wohl überall vorgeschrieben ist, im allgemeinen zu stehen, wenn auch das beizubringende inländische Urteil gewöhnlich als Vollstreckungsurteil angesehen wird[3].

Schliesslich wäre noch zu bemerken, dass der Kläger, welcher ein Vollstreckungsurteil nach §§ 660, 661 zu erwirken nicht vermag, die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, soweit das ausländische Urteil für ihn günstig ausfiel, nach dem oben S. 27, 28 dargestellten Grundsatz nicht zu befürchten hat[4].

Schlussbetrachtung.

Unsere Ergebnisse können wir folgendermassen zusammenfassen:

Sowohl vom sprachlichen als vom juristisch-technischen Standpunkt aus, steht die Vollstreckbarkeit in engster und ausschliess-

---

[1] Die Motive zum Personenstandsgesetz gewähren lediglich keinen Anhalt für diese Ansicht. — Unrichtig Heidecker S. 472; die Bundesratsverordnung vom 22. Juni 1875 giebt nur Vorschriften, welche bei Erlassung inländischer Urteile in Ehesachen zu beobachten sind. Daraus, dass diese Vorschriften bei ausländischen Urteilen „versagen", folgt selbstverständlich nicht, dass die Eintragung eines ausländischen Urteils nur auf Grund eines Vollstreckungsurteils erfolgen darf.

[2] Vgl. Heidecker S. 468 Note 30 (s. oben S. 73 Anm. 3).

[3] Nach gütiger privater Mitteilung der Standesämter Berlin, München, Stuttgart und Strassburg im Elsass.

[4] Ebenso Gaupp, Bem. VIII 1 zu § 661; im Resultat auch Seuffert, Anm. 8a zu § 661; Francke S. 114; v. Bar Bd. 2 S. 420; Richard S. 34, 35.

licher Beziehung zur eigentlichen, „gerichtlichen“ Zwangsvollstreckung. Nirgends findet sich ein Hinübergreifen der Vollstreckbarkeit auf anderweitige Rechtskraftwirkungen (§§ 1—3).

Das Vollstreckungsrecht (Vollstreckungsanspruch) hat zu seiner Voraussetzung die im vollstreckbaren Titel sich verkörpernde, formelle Vollstreckbarkeit. Dasselbe hat einen vollstreckungsfähigen Anspruch zur notwendigen Voraussetzung. Im Verhältnis zum materiellen Anspruch erscheint es als ein relativ selbständiges Nebenrecht, dessen Inhalt sich mit dem materiellen Anspruch nicht deckt (§§ 4—6).

Für die Klassifizierung der richterlichen Urteile ist die Vollstreckbarkeit insofern von wesentlicher Bedeutung, als sie das Unterscheidungsmerkmal der kondemnatorischen oder Leistungsurteile gegenüber den sonst noch aufzustellenden Urteilskategorien bildet (§ 7). Endlich beruht auch das Vollstreckungsurteil der §§ 660, 868 C.P.O. auf der Vollstreckbarkeit der vorangegangenen Entscheidung (§ 8).

Anhang I.

(Aus den Jahrbüchern für die Württemb. Rechtspflege Bd. 3 [1891] S. 233 ff.)

Findet § 300 Nr. 3 C.P.O. auch auf den Antrag, das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, Anwendung[1]?

Für die hier vertretene, bejahende Ansicht ist folgendes anzuführen:

I. Indem die Civilprozessordnung für eine gewisse Anzahl von Fällen die sofortige Vollstreckbarkeit der noch nicht rechtskräftig gewordenen Urteile aus dem französischen Recht herübernahm (vgl. oben S. 16 ff.), verhehlte sie sich keineswegs, welche Gefahren das angenommene Prinzip für den Beklagten in sich berge. Bezeichnete es doch der Abgeordnete Bähr als einen Hohn auf das Recht, wenn der Beklagte zwar in letzter Instanz obsiege, aber doch das auf Grund der vorläufigen Vollstreckbarkeit Geleistete nicht wieder erhalte[2].

[1] Litteratur: für die Verneinung: Brettner in Z. f. C.P. Bd. 1 S. 236 ff.; Tränkner, daselbst Bd. 7 S. 257 ff.; Obermeyer in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, Bd. 47 S. 258 ff.; Oesterlen in den Jahrb. f. württ. Rechtspflege Bd. 2 S. 102 ff.; Hellmann, Lehrbuch des Civilprozesses S. 807; Troll, Versäumnisurteil S. 57; Seuffert (5. Aufl.) Anm. 2 zu § 653; Struckmann-Koch (5. Aufl.) daselbst. Forkel S. 17. — Für die Bejahung: Klein in den Blättern für Rechtsanwendung S. 401; Planck, Lehrbuch II S. 643, 644; Fitting, Lehrbuch § 57 Anm. 3; § 78 Anm. 35; § 91 Anm. 21; ferner die Kommentare von Gaupp, Bem. III zu § 300; Bem. II zu § 653; Wilmowski-Levy, Anm. 5 zu § 300; Anm. 1 zu § 653; Struckmann-Koch, 6. Aufl. 1893, a. a. O. und nach den dortigen Citaten auch die neuesten Auflagen von Seuffert (6.) und Petersen (3.).

[2] Kommissionsprotokolle S. 338 (Hahn S. 799). Allerdings war zur Zeit dieser Aeusserung die Bestimmung des § 655 Abs. 2 C.P.O. noch nicht aufgenommen, dieselbe gelangte vielmehr erst nachher in derselben Sitzung

Die Bestimmungen des § 653 C.P.O., wonach der Antrag, das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, in der mündlichen Verhandlung zu stellen ist, — des § 654, wonach beim Unterlassen einer Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit das Urteil nur gemäss § 292, also nach neuer mündlicher Verhandlung, wobei der Schuldner alle seine Rechte nach §§ 651, 652 geltend machen kann, ergänzt werden kann, — des § 656, wodurch dem Beklagten die Möglichkeit einer selbständigen Anfechtung der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit mittels der Berufung eröffnet ist[1], sie alle zeigen deutlich, wie dem Gesetzgeber der Schutz des Beklagten gegenüber dem zweischneidigen Schwert der vorläufigen Vollstreckbarkeit am Herzen gelegen ist. Diese Absicht erhellt auch aus den Motiven[2] und noch deutlicher aus den Verhandlungen der Justizkommission.

In der letztern stellte nämlich der Abgeordnete Dr. Bähr einen Antrag, welcher dahin zielte, noch nach Erlass des Urteils auf einseitigen Antrag des Klägers und ohne Gehör des Schuldners einen gerichtlichen Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit zu ermöglichen. Dieser Antrag wurde abgelehnt. Bei der Debatte über denselben führte der Abgeordnete Klotz aus: durch die Bestimmung des § 605 des Entw. (§ 653 C.P.O.) habe der Schuldner die beste Gelegenheit, sich sofort gegen den Antrag auszusprechen und dem Richter das erforderliche Material zu unterbreiten, um die Frage zu seinen Gunsten zu entscheiden. Der Reichskommissar von Amsberg äusserte bezüglich des Bähr'schen Antrags: derselbe stehe im schroffen Gegensatz zu

---

auf Grund eines Antrags des Abgeordneten von Forcade de Biaix zur Annahme (a. a. O. S. 343, Hahn S. 803). Immerhin trifft jene Bemerkung auch jetzt noch in beschränktem Umfang zu. Insbesondere kommt in Betracht, dass auf Grund des § 655 Abs. 2 der Beklagte nur das Geleistete — ohne Zinsen, Entsch. des Reichsgerichts Bd. 21 S. 404 — zurückerhält und bezüglich der Ausgleichung eines etwa erwachsenen Schadens auf einen besonderen Prozess mit zweifelhaftem Erfolg verwiesen ist (Wilmowski-Levy, Anm. 3 zu § 644; Entsch. des Reichsgerichts Bd. 11 S. 415 ff.). [Vgl. Zusatz 6.]

[1] Vgl. Motive zu § 608 des Entw. (Hahn S. 430), wo eine Bestimmung des Inhalts, dass die Berufung nur zugleich mit der Anfechtung in der Hauptsache zulässig wäre (so z. B. Württ. C.P.O. Art. 686) abgelehnt wird; vgl. hiezu Wach, Vortr. S. 309.

[2] Vgl. S. 81 Anm. 5.

dem System des Entwurfs, der selbst in viel unwichtigeren Fällen das Gehör des Gegners erfordere[1].

Nun beruht aber, wie keines weitern Nachweises bedarf, auch die Vorschrift des § 300 No. 3 gerade auf dem Gedanken, dass dem nicht erschienenen Beklagten, soll er kontumaziert werden, Gelegenheit zu seiner Verteidigung durch Bekanntmachung des klägerischen Begehrens gegeben sein muss.

Lässt man also die Aufnahme der vorläufigen Vollstreckbarkeit in das gegen den Beklagten ergehende Versäumnisurteil auch dann zu, wenn der Beklagte gar nicht wusste[2], dass ein diesbezüglicher Antrag in der mündlichen Verhandlung werde gestellt werden, so läuft dies darauf hinaus, dass im Widerspruch zu dem offen am Tage liegenden Willen der gesetzgebenden Faktoren dem Richter gestattet wird, den Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit ohne Gehör des Beklagten ergehen zu lassen.

II. Ist somit nachgewiesen, dass der den einschlagenden Bestimmungen der Civilprozessordnung zu Grunde liegenden Tendenz die gegnerische Ansicht nicht entspricht, so fragt es sich, ob dieselbe etwa sonstige überzeugende Gründe für sich anzuführen hat.

1. Ihren Hauptstützpunkt bildet der Satz[3]: der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit gehöre zu den prozessualen Anträgen, letztere aber (insbesondere der Antrag auf das Versäumnisurteil selbst)[4] bedürfen der vorherigen Zustellung nicht.

Dass nun der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit, weil

---

[1] Kommissionsprotokolle S. 341, 342 (Hahn a. a. O. S. 801f.).

[2] Da die Kenntnis des Beklagten das Wesentliche ist, so muss es genügen, wenn ihm diese nicht durch einen Schriftsatz, sondern durch den Vortrag des Gegners in einer vorangegangenen mündlichen Verhandlung zufloss. So mit Recht: Wach, Vortr. S. 178; Seuffert, Anm. 6 zu § 300. Anderer Ansicht Gaupp, Bem. III zu § 300.

[3] Tränkner l. c. S. 265ff.; Oesterlen S. 106ff.; Seuffert, Note 2 zu § 653, verb. mit Note 1 zu § 269 (4. Aufl.).

[4] Von diesem Antrag wird unten (II 3) gehandelt werden. Hier soll nur bemerkt werden, dass aus der Analogie mit diesem Antrag schon deshalb keine Konsequenzen gezogen werden können, weil die Civilprozessordnung bekanntlich auf dem Standpunkt steht, dass es einer vorherigen Androhung der Versäumnisfolgen nicht bedarf. Vgl. Motive bei Hahn S. 243, 244.

auf Zwangsvollstreckung, also einen Teil des Civilprozessrechts, sich beziehend, ein inhaltlich prozessualer[1] ist, steht fest, und es mag zugegeben werden, dass rein prozessuale Anträge, z. B. der Antrag auf Vertagung, durch § 300 No. 3 nicht betroffen werden. Ebenso gewiss ist aber, dass die für die Auslegung der Civilprozessordnung in mehrfacher Richtung[2] bedeutsame Einteilung der Anträge in prozessuale und Sachanträge keineswegs zusammenfällt mit den Begriffen: Anträge prozessualen und materiellrechtlichen Inhalts[3]. In der Civilprozessordnung finden sich bekanntlich mehrfach Klagen statuiert, denen keine civilrechtlichen Ansprüche zu Grunde liegen, z. B. die Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde (§ 231)[4], die Klage auf Vollstreckungsurteil (§ 660)[5], auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (§ 667), die Klage wegen zu Unrecht erteilter Vollstreckungsklausel (§ 687). In allen diesen Fällen sind prozessuale Fragen zum Gegenstand eines Rechtsstreits gemacht und es entsprechen diesen Klagen Klaganträge (also Sachanträge) nicht materiellrechtlichen Inhalts.

Schon von Fitting[6] ist darauf hingewiesen worden, dass nach der Civilprozessordnung derselbe Antrag bald ein prozessualer, bald ein Sachantrag sein kann; er führt nämlich an, dass rein prozessuale Anträge, z. B. der Antrag auf Zulassung eines Beweismittels oder auf Anordnung der Vorlegung einer Urkunde von Seiten des Gegners in einem darüber entstehenden Zwischenstreit als Sachanträge erscheinen, und es ist in dieser Hinsicht noch hinzuweisen auf die wichtigen Fälle, wenn über die Anträge auf Arrest oder einstweilige Verfügung die mündliche Verhandlung angeordnet wird, wodurch diese — an sich prozessualen — Anträge zu Sachanträgen werden, weshalb in diesen

---

[1] Planck II S. 626.

[2] Z. B. in §§ 121 Nr. 3, 128, 230 Nr. 2, 269.

[3] Diese Verwechslung liegt den Oesterlen'schen Ausführungen zu Grunde; auch Tränkner ist nicht ganz frei von dieser Auffassung (s. namentlich S. 267).

[4] Bei dieser Klage handelt es sich lediglich um einen Rechtsstreit über ein Beweismittel. Wilmowski-Levy, Anm. 2 zu § 321 (oben S. 68).

[5] Als Gegenstand dieser Klage erscheint nicht der ursprüngliche Gegenstand des Rechtsstreits, sondern nur der Anspruch auf Vollstreckung (oben § 8 S. 62 Anm. 4).

[6] Zeitschrift für Civilprozess Bd. VII S. 240, 241.

Fällen auch die Fiktion des Zugeständnisses (§ 296), sowie § 300 Nr. 3 Anwendung findet[1].

Massgebend ist also nicht der Inhalt des Gesuchs, sondern die Form, in welcher dasselbe seine Erledigung findet.

Man wird daher die Fitting'sche[2] Definition adoptieren können, wonach Sachanträge sind „diejenigen (in obligatorischer mündlicher Verhandlung zu stellenden) Anträge, welche sich auf den Inhalt einer zur Beendigung des Hauptstreits oder eines Zwischenstreits begehrten sachlichen Entscheidung beziehen".

Diese Definition schliesst auch den die vorläufige Vollstreckbarkeit betreffenden Antrag ein, denn nach § 653 kann derselbe nur in der mündlichen Verhandlung gestellt werden und die Verfügung der vorläufigen Vollstreckbarkeit bildet, wie bekannt, einen Teil des Endurteils[3].

Dieses Ergebnis findet auch in den Motiven eine schlagende Bestätigung. Denn hier werden die an sich anomalen Bestimmungen der §§ 653, 654, 656[4] prinzipiell darauf zurückgeführt, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit als ein Teil des Streitgegenstandes erscheinen soll[5].

---

[1] Gaupp, Bem. II 2b zu § 802; Bem. III zu § 816.

[2] l. c. S. 240. Mit Fitting stimmt sachlich überein Wilmowski-Levy, Anm. 2 zu § 269. — An Stelle der Fitting'schen Definition könnte man vielleicht die kürzere setzen: „Diejenigen Anträge, welche sich auf den Inhalt eines End- oder Zwischenurteils beziehen." — Vgl. Seuffert, Anm. 1 zu § 269: „diejenigen Anträge, durch welche der Kläger . . . dem Gericht erklärt, welches Urteil er verlangt." Vgl. auch Entsch. des Reichsgerichts Bd. 10 S. 392: die Anträge sollen nach den Motiven — den Tenor der vom Antragsteller erbetenen Entscheidungen (die petita) enthalten. — Zu eng: Planck, Lehrb. Bd. 2 S. 23: materieller Klagantrag sei das an das Gericht gerichtete Verlangen, den Beklagten zu der geforderten privatrechtlichen Leistung zu verurteilen.

[3] Entsch. des Reichsgerichts Bd. 20 S. 424.

[4] Vgl. oben S. 78.

[5] Motive zu §§ 597—656 Ziff. 3 (Hahn S. 421): „Für die prozessualische Behandlung der vorläufigen Vollstreckbarkeit standen zwei Wege offen. Nach deutschem Recht schweigt, wie als Regel angenommen werden darf, das Urteil über seine etwaige provisorische Exekutionsfähigkeit, vielmehr wird erst nachträglich in Form eines Exekutionsgesuchs von dem Exekutionsrichter geprüft, ob der Fall einer Ausnahme vorliegt. Die Entscheidung hierüber unterliegt aber nicht selten erheblichen Zweifeln, zumal in den Fällen, in welchen sie von besonderen thatsächlichen Würdigungen abhängt (z. B. ob Gefahr im Verzug sei u. dgl.). — Es ist nicht korrekt, diese Ent-

Es ist demgemäss der hier behandelte Antrag, wie die oben S. 80 angeführten Anträge, nach dem System der Civilprozessordnung zu bezeichnen als inhaltlich prozessualer, formell sachlicher Antrag. Er stellt sich formell dar nicht als ein auf eine Zwangsvollstreckungsmassregel bezügliches Gesuch, sondern als ein Antrag, welcher bezweckt die Zuerkennung der vom Kläger in Anspruch genommenen Befugnis, das Urteil vor eingetretener Rechtskraft vollstrecken zu dürfen[1], unterliegt daher auch der Vorschrift des § 269 C.P.O.

Die Behandlung der vorläufigen Vollstreckbarkeit als eines Teiles des Streitgegenstands übt hienach auf den sie betreffenden Antrag die Rückwirkung aus, dass derselbe als Sachantrag[2] erscheint. Oder wäre es nicht eine unerträgliche Konsequenz, wenn ein Teil der auf den Streitgegenstand selbst bezüglichen Anträge als Sach-, ein anderer Teil als prozessuale Anträge bezeichnet werden müsste? Und sollte wirklich in dem Fall, wenn

---

scheidung dem Richter der Hauptsache zu entziehen, dieselbe sogar auf einseitigen Antrag ergehen oder über die vorläufige Vollstreckbarkeit einen zweiten Prozess dem ersten nachfolgen zu lassen. Weit angemessener und dem Interesse der Parteien entsprechender ist es, bei der Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache auch die Frage der vorläufigen Vollstreckbarkeit zum Austrage zu bringen; der Richter der Hauptsache ist bei Erlass des Endurteils bereits mit der ganzen Sache befasst und am besten in der Lage, auch über die vorläufige Vollstreckbarkeit zu entscheiden, für und gegen welche die Parteien ihre etwaigen besonderen Ausführungen zu machen haben. Die vorläufige Vollstreckbarkeit wird also, wenn sie infolge eines gestellten Antrags oder bei gewissen Urteilen kraft Gesetzes überhaupt in Frage kommt, als ein Teil des Streitgegenstands selbst behandelt; das Endurteil muss seine vorläufige Vollstreckbarkeit aussprechen oder verneinen; die Uebergehung der Entscheidung findet dementsprechend im Wege der Ergänzung des Urteils Abhilfe." — Vgl. ferner daselbst zu § 608 des Entw. (Hahn S. 430): „Eine Konsequenz der prozessualischen Behandlung der Vollstreckbarkeitserklärung ist es, dass die Vollstreckbarkeit, auch abgesehen von der Hauptsache, einen selbständigen Gegenstand für die Rechtsmittel bildet. — Die Zulässigkeit der Rechtsmittel soll namentlich auch von der Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache unabhängig sein" u. s. w. Vgl. ausser der S. 81 Anm. 3 cit. Entsch. des Reichsgerichts Zeitschrift für Civilprozess Bd. 14 S. 155.

[1] Der Streit dreht sich um den vom Kläger begehrten, zunächst resolutiv bedingten Vollstreckungsanspruch.

[2] Entsch. des Reichsgerichts Bd. 33 S. 388.

die Berufung vom Kläger lediglich zum Zweck der Erreichung der vorläufigen Vollstreckbarkeit erhoben ist[1], der allein zu stellende Berufungsantrag: das in I. Instanz erlassene Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, ein bloss „prozessualer" genannt werden?

Uebrigens entbehrt der von den Gegnern aufgestellte Satz (s. oben S. 79 zu Anm. 3) jeder Beweiskraft. Denn da die Civilprozessordnung selbst der Bestimmung des § 300 Nr. 3 den Unterschied zwischen prozessualen und Sachanträgen nicht zu Grunde legt, dürfte jene These erst aufgestellt werden, nachdem zuvor erwiesen wäre, dass alle prozessualen Anträge vorheriger Zustellung nicht bedürften; nicht ist es zulässig, aus jenem Satz als einer von vornherein feststehenden Prämisse einen Schluss auf die einzelnen Anträge zu ziehen[2]. Wäre daher die hier vertretene Ansicht, dass der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit ein Sachantrag sei, nicht richtig, so würde sich eben die Aufstellung der Behauptung, § 300 Nr. 3 beziehe sich auf prozessuale Anträge nicht, in dieser Allgemeinheit nicht rechtfertigen lassen[3].

2. Ein weiteres Argument der Gegner ist folgendes: der vorherigen Zustellung gemäss § 300 Nr. 3 bedürfe nur dasjenige klägerische Vorbringen, auf welches das Prinzip der affirmativen Litiskontestation zutreffe, d. h. welches beim Ausbleiben des Gegners als zugestanden angesehen werden könne. Dies treffe aber bezüglich des Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit nicht zu[4]. Dieser Behauptung wird eine besondere Stütze gegeben in der angeblich allgemein anerkannten Thatsache, dass es nach § 650 einer Glaubhaftmachung auch im Fall des Ausbleibens des Beklagten bedürfen soll[5].

---

[1] Vgl. S. 78 Anm. 1.

[2] Vgl. auch Fitting l. c. S. 242: „in welcher Bedeutung der Ausdruck („Antrag") im einzelnen Fall zu nehmen sei, lässt sich nur aus dem Zusammenhang beurteilen."

[3] während diese Behauptung von dem hier vertretenen Standpunkt aus einem Bedenken nicht unterliegt.

[4] Tränkner S. 270; Obermeyer S. 259; Troll S. 91; Seuffert (5. Aufl.) Anm. 1 zu § 654; selbst Klein (obgleich zu den Anhängern der herrschenden Ansicht gehörig) S. 402 räumt dies ein.

[5] Tränkner S. 268, 269; Obermeyer l. c.; Oesterlen S. 109; Seuffert, Anm. 2 zu § 653; Troll S. 57; dagegen Klein S. 402 Anm.*.

Diese ganze Deduktion ist unrichtig.

Es ist ihr zunächst entgegenzuhalten, dass sie in unstatthafter Weise die beiden Seiten des Prinzips der Fiktion der bejahenden Klagbeantwortung auseinanderreisst. Dieses Prinzip schliesst nämlich ausser der Fiktion des Geständnisses noch die negative Folge in sich, dass der Beklagte aller Einreden und Gegenanträge verlustig wird[1]. Dass letzteres auch bei dem Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit zutrifft, ist gewiss[2], und schon deshalb der oben angeführte Satz der Gegner unzutreffend.

Aber auch die Fiktion des Geständnisses ist hier anwendbar[3].

a) Regelmässig wird allerdings bei der Kongruenz der Nrn. 1—4 des § 649 C.P.O. mit Nr. 1 und Nr. 2 Abs. 2—4 des § 23 G.V.G. die Fiktion des Zugeständnisses bezüglich des zur Begründung des Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit erforderlichen thatsächlichen Vorbringens nicht hervortreten. In Wahrheit wird aber auch in diesen Fällen die Verfügung der vorläufigen Vollstreckbarkeit aufgebaut auf die zur Begründung der Kompetenz vorgebrachten und gemäss § 296 als zugestanden zu erachtenden Thatsachen.

Dies zeigt sich deutlich, wenn man etwa folgenden Fall annimmt, wo die gedachte Kongruenz nicht vorliegt: Ein Gastwirt in Stuttgart klagt gegen einen in dieser Stadt in einer Privatwohnung wohnenden Kaufmann eine Wirtszeche von 301 Mk. bei dem Amtsgericht in Stuttgart ein, indem er zugleich in der Klage einen Prorogationsvertrag (§ 38 C.P.O.) behauptet; die Klage ist fehlerlos, schlüssig, auch rechtzeitig zugestellt. In der mündlichen Verhandlung bringt nun Kläger beim Ausbleiben des Beklagten — ohne vorgängige Zustellung dieses Antrags und seiner thatsächlichen Begründung — den Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit vor, mit der Motivierung: Der Beklagte, von welchem er (Kläger) bisher geglaubt habe, er habe seinen dauernden Wohnsitz in Stuttgart, halte sich nur vorübergehend als Geschäftsreisender daselbst auf (§ 649 Nr. 3).

Es ist nicht abzusehen, warum hier im Fall rechtzeitiger Mitteilung dieses Vorbringens an den Beklagten dasselbe nicht

[1] Vgl. Motive zu §§ 285, 288 etc. (Hahn S. 296 oben); Tränkner S. 262; Planck II S. 457; Entsch. des Reichsgerichts Bd. 10 S. 404.

[2] Man denke namentlich an den Gegenantrag gemäss § 651 C.P.O.

[3] Planck II S. 644.

gemäss § 296 C.P.O. als zugestanden angesehen werden sollte — oder will behauptet werden, dass hier eine Offizialprüfung einzutreten habe? — Lässt man aber die Anwendung des § 296 zu, so folgt von selbst, dass auch § 300 Nr. 3 zutrifft.

b) Ganz ebenso verhält es sich mit der Glaubhaftmachung gemäss § 650 C.P.O.[1].

Von andern Fällen der Glaubhaftmachung unterscheidet sich der § 650 in wesentlicher Weise dadurch, dass dieselbe hier zu erfolgen hat in obligatorischer mündlicher Verhandlung (§ 653). Die Sache liegt also ebenso, wie wenn über ein Arrestgesuch die mündliche Verhandlung angeordnet ist.

In diesem Fall aber ist es so gut wie unbestritten, dass die Fiktion des Zugeständnisses bezüglich der zur Glaubhaftmachung des Arrestgrundes und des Anspruchs geltend gemachten Thatsachen platzgreift[2].

Der Schutz, welcher für den Gegner in anderen Fällen der Glaubhaftmachung darin gelegen ist, dass dem Richter Offizialprüfung der vom Antragsteller geltend gemachten Thatsachen zur Pflicht gemacht wird, ist beim Stattfinden obligatorischer mündlicher Verhandlung dahin verlegt, dass dem Beklagten die Möglichkeit der Verteidigung in der mündlichen Verhandlung eröffnet ist. Macht er von diesem Recht keinen Gebrauch, so treten die Kontumazialfolgen ein. Vorausgesetzt aber ist, dass er wissentlich versäumt hat[3], und wissentliche Versäumnis darf

---

[1] Dass, wenn das sub a Gesagte zutreffend ist, bezüglich der Glaubhaftmachung dasselbe gelten muss, liegt auf der Hand. Denn wird der volle Beweis durch die Fiktion des Geständnisses ersetzt, so muss dies noch vielmehr der Fall sein bezüglich des unvollständigen Beweises, nämlich der Glaubhaftmachung. Allerdings findet sich in den Motiven zu §§ 601 bis 606 des Entw. (Hahn S. 429) die Aeusserung: „Die Vorschriften der §§ 601, 602 (= §§ 648, 650 C.P.O.) machen keinen Unterschied, ob das vorläufig zu vollstreckende Urteil auf kontradiktorische Verhandlung oder auf Ungehorsam ergeht. Eine Partei, welche sich auf den Rechtsstreit nicht einlässt, verdient nicht mehr Rücksicht, als diejenige, welche sich verteidigt und unterliegt.“ — Hiemit ist aber in keiner Weise darüber entschieden, auf welchem Wege beim Ausbleiben des Beklagten die Glaubhaftmachung zu erfolgen hat.

[2] Gaupp, Bem. II 2b zu § 802; Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 802.

[3] Vgl. auch § 302 C.P.O., als dessen ratio zu bezeichnen ist, dass Kontumazierung da nicht eintreten soll, wo die Versäumnis als eine gewollte nicht anzusehen ist.

nur insoweit angenommen werden, als dem Beklagten bekannt war, was Kläger in dem Versäumungstermin begehren werde.

Dem Ausgeführten zufolge findet also auch die Geständnisfiktion bezüglich des Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit, und insbesondere bezüglich der Glaubhaftmachung gemäss § 650 Anwendung[1].

3. Was das Verhältnis des Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit zu dem Antrag auf Versäumnisurteil betrifft[2], so ist hierüber folgendes zu bemerken:

Der letztgenannte Antrag ist nichts anders, als die (gemeinrechtlich immer[3], nach § 209 C.P.O. nur ausnahmsweise) zur Realisierung der Versäumnisfolgen erforderliche accusatio contumaciae, wofür die Motive mehrfach[4] den zutreffenden deutschen Ausdruck „Ungehorsamsbeschuldigung" verwenden[5]. Dieser Antrag gehört aus dem Grunde nicht zu den Sachanträgen, weil er sich nicht auf den Inhalt des zu erlassenden Urteils bezieht, welches bekanntlich einen Ausspruch über die Versäumnisfolgen nicht enthält, bei welchem vielmehr die Thatsache der vorliegenden Versäumnis nur als Erwägungsgrund zu dienen hat[6].

---

[1] Eine wichtige Konsequenz bezüglich der Rechtsmittel siehe unten S. 88.

[2] Vgl. Tränkner S. 261—265, welcher einen Nachweis dafür erbringen zu müssen glaubt, dass der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit nicht identisch mit dem Antrag auf Versäumnisurteil sei; Oesterlen S. 107 Abs. 3.

[3] Wetzell S. 621.

[4] Zu §§ 201—208 und zu § 202, Hahn S. 243, 245.

[5] Der Ausdruck in § 296: „beantragt der Kläger das Versäumnisurteil", konnte deshalb gewählt werden, weil die Realisierung der Versäumnisfolgen im Fall des § 296 eben nur im Weg des Endurteils erfolgen kann. — Dass die Terminologie der Civilprozessordnung nicht glücklich ist, geht aus den eben in Anm. 2 erwähnten Ausführungen Tränkner's, sowie aus dem Umstand hervor, dass die Behauptung hat aufgestellt werden können (von Seuffert), dass der Antrag auf kontradiktorisches Urteil den Antrag auf Versäumnisurteil in sich schliesse (vgl. Troll S. 64, 65), (Seuffert hat in den späteren Auflagen [Anm. 3 zu § 298] diese Ansicht zurückgenommen, nimmt dagegen jetzt unrichtigerweise an, der Antrag auf Versäumnisurteil enthalte den Antrag auf kontradiktorisches Urteil). — In § 295, ebenso in § 318 Abs. 2 u. § 430, ist der farblose Ausdruck: „auf Antrag" gebraucht; in Wirklichkeit liegt nur eine Parteierklärung vor, welche das Gericht vergewissern soll, ob die nichtsäumige Partei ihre günstige Prozesslage benützen will oder nicht.

[6] Die von Seuffert, Komm. Anm. 1 Abs. 2 zu 269 gewählte Definition des Antrags als: „Antrag, dass das Urteil als Versäumnisurteil erlassen werde", ist bedenklich. — Unrichtig die Gegenbeweisführung Tränkner's

Es erscheint demnach als zutreffend, diesen Antrag, welcher darauf hinzielt, die prozessleitende Thätigkeit des Richters in der Richtung auf die Realisierung der Versäumnisfolgen wachzurufen, in die Kategorie der prozessualen Anträge zu stellen[1].

Im Versäumnisverfahren beim Ausbleiben des Beklagten ist, falls den Anträgen des Klägers nicht ohne weiteres entsprochen werden kann oder falls nicht Vertagung eintritt, zweierlei denkbar: entweder definitive Abweisung der Klage, wenn der Anspruch nicht begründet ist oder es an den notwendigen Prozessvoraussetzungen gebricht, oder Abweisung des Antrags auf Realisierung der Versäumnisfolgen; im ersten Fall ist Berufung, im zweiten sofortige Beschwerde (§ 301) zulässig[2].

Da die vorläufige Vollstreckbarkeit nach der Civilprozessordnung als Teil des Streitgegenstandes konstruiert ist, so trifft auch für sie das Ausgeführte zu, mit andern Worten: der sie betreffende Teil der Entscheidung ist mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar, wenn der Antrag wegen Nichtbeobachtung des § 300 Nr. 3 zurückgewiesen wurde; dagegen ist Berufung zulässig, wenn der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit aus materiellen Gründen[3] verweigert wurde.

Nur im letztern Fall findet Zurückweisung des Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit, im erstern Fall dagegen findet Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurteil, insoweit dieser Antrag die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils betrifft, statt[4].

S. 266. — Schief auch Hellmann, Kritische Virteljahresschr. Bd. 39 S. 435: in § 296 Abs. 1 sei mit dem Ausdruck: „nach dem Antrag zu erkennen", der Antrag auf Versäumnisurteil gemeint.

[1] Wie dies auch allgemein geschieht. — Freilich findet man zur Begründung meistens, z. B. Fitting S. 242, Oesterlen S. 107, 108, lediglich den Satz: weil der Antrag auf Versäumnisurteil nicht zugestellt zu werden braucht, ist er ein prozessualer, während der Vordersatz, dass alle prozessualen Anträge nicht zugestellt zu werden brauchen, erst zu erweisen wäre. Vgl. oben. Ueber einen weiteren und für sich allein durchschlagenden Grund, weshalb Zustellung nicht zu verlangen ist, s. S. 79 Anm. 4.

[2] Und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Entscheidung in einem besonderen Beschluss oder im Urteil selbst erging. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 15 S. 392.

[3] Z. B. wenn das Gericht entgegen der Ansicht des Klägers den Streitwert auf mehr als 300 Mk. schätzt und deshalb trotz erfolgter rechtzeitiger Mitteilung des Antrags diesen zurückweist.

[4] Dies gegen Tränkner S. 261; Oesterlen S. 107 Abs. 3.

Gegen den die vorläufige Vollstreckbarkeit aussprechenden Teil des Versäumnisurteils findet der Einspruch statt. Die gegnerische Ansicht, dass Berufung das zutreffende Rechtsmittel sei[1], ist unbegründet. Das Argument, dass der Einspruch nicht zulässig sei, weil der Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit nicht auf dem Prinzip des fingierten Geständnisses beruhe[2], ist schon oben widerlegt worden.

III. Eine Ausnahme von der Regel nehmen Wilmowski-Levy (Anm. 1 zu § 636) für die Fälle an, wenn nach vorangegangenem Zahlungsbefehl infolge erhobenen Widerspruchs der Rechtsstreit bei einem Amtsgericht anhängig wird. Diese Ansicht wird durch die dafür angeführte Begründung, dass der in diesem Falle die Klage vertretende Zahlungsbefehl in seiner Androhung sofortiger Zwangsvollstreckung einen vollwertigen Ersatz für die Ankündigung des Antrags auf vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils enthalte, in befriedigender Weise getragen[3].

---

[1] Brettner, S. 240 No. 5; Tränkner S. 264ff.; Seuffert, Anm. 2 a. E. zu § 653 und Anm. 1 zu § 654 (5. Aufl.).

[2] Seuffert l. c.; Troll S. 91.

[3] Zustimmend: Gaupp, Bem. I, 1 zu § 636. — Dass der Kläger in diesem Falle von der mündlichen Wiederholung des fraglichen Antrags in der Verhandlung enthoben sei, hat Verfasser nicht behauptet und scheint daher das Citat bei Gaupp 3. Aufl. S. 270 Anm. 4 auf einem Missverständnis zu beruhen.

Anhang II.

(Aus den Jahrbüchern für die Württemb. Rechtspflege Bd. 5 [1893] S. 227ff.)

Ueber die vorläufige Vollstreckbarkeit der in Endurteilen enthaltenen Kostenentscheidung.

Die weitaus überwiegende Meinung in obiger Frage geht zur Zeit dahin[1], dass in den Fällen der §§ 648 Nr. 2 bis 5 und 649 No. 1 bis 3 die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung auch bei Urteilen nicht vollstreckungsfähigen Inhalts stattfindet, während zu §§ 648 No. 1 und 6, 649 No. 4 für die vorläufige Vollstreckbarkeit im Kostenpunkt eine Verurteilung in der Hauptsache verlangt wird. In letzterer Richtung besteht dann wieder Uneinigkeit, ob die Verurteilung zur Hauptsache eine solche im engern Sinn, also eine Condemnatoria, sein muss.

Im folgenden wird[2] die Ansicht zu begründen versucht, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung (mit einer Ausnahme, unten III 4b) davon abhängig ist, dass in der Hauptsache ein Leistungsurteil im Sinn des § 7 der obigen Abhandlung vorliegt.

---

[1] Just im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 68ff. S. 126ff.; Auerbach in Rassow-Küntzel's Zeitschrift zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 29 S. 123ff.; Planck, Lehrb. II S. 640, 641; Gaupp, Bem. I, 3 zu § 648, Bem. III zu § 649; Struckmann-Koch, Anm. 3 a. E. zu § 644, Anm. 5 zu §§ 648—649, Anm. 2 zu § 648, vgl. mit Anm. 10 a. E. zu § 231; Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 648, Anm. 4 zu § 649; Fitting, § 91 Anm. 4 und 13; Seuffert's Arch. Bd. 44 No. 290, 47 No. 78.

[2] Mit Seuffert, Note 3 zu § 648; Hallbauer in Rassow-Küntzel's Beitr. Bd. 27 S. 14ff.; Forkel (dessen Schrift zwei Jahre nach obiger Abhandlung erschien) S. 3ff.; Wach, Vorträge S. 393 Anm.*.

Dies ergiebt sich:

I. aus dem Verhältnis der Kostenentscheidung zur Hauptsache;

II. aus einer nicht am Buchstaben haftenden, das zugrunde liegende Prinzip im Auge behaltenden Auslegung der Bestimmungen der §§ 648 ff.

I. Verhältnis der Kostenentscheidung zur Hauptentscheidung.

Es ist zweifellos, dass die Kostenentscheidung als richterlicher Dispositionsakt über die der einen Partei der andern gegenüber obliegende Verpflichtung zur Kostenerstattung[1] einen der Vollstreckung fähigen (§ 98) Inhalt hat, also für sich allein betrachtet, zur Kategorie der Leistungsurteile gehört, wobei es nach dem, was oben § 7 gg. E. ausgeführt wurde, unerheblich ist, dass sich zwischen die Erlassung des Urteils und die Vollstreckung eine weitere richterliche Thätigkeit einschiebt, wodurch die bis dahin fehlende Bestimmtheit des frühern Richterspruchs hinsichtlich der Höhe des zu erstattenden Betrags ergänzt wird[2].

1. Da Vollstreckbarkeit in erster Linie ein Attribut der Rechtskraft ist, so kann die Kostenentscheidung des rechtskräftigen Urteils ohne Rücksicht auf den sonstigen Urteilsinhalt vollstreckt werden. Demgemäss kann auch für die Kostenentscheidung des ausländischen Klagabweisungs- oder Feststellungsurteils, falls die Voraussetzungen des § 661 gegeben sind, das Vollstreckungsurteil begehrt werden[3], und dasselbe gilt für die Kostenentscheidung des ordnungsmässig ergangenen Schiedsspruchs[4].

---

[1] Das Urteil entscheidet an sich über die Kostenlast nur zwischen den Parteien (Motive S. 11; Hahn S. 196; Entsch. des Reichsgerichts Bd. 6 S. 399; Z. f. d. C.P. Bd. 7 S. 282). Für die Pflichten der Staatskasse gegenüber sind die Bestimmungen des Gerichtskostengesetzes massgebend. Nach §§ 86, 93 das. können die Kosten von der zur Kostentragung verurteilten Partei ohne Rücksicht auf Rechtskraft oder Vollstreckbarkeit des Urteils eingezogen werden.

[2] Die Kostenfestsetzung selbst ist nicht Teil des Zwangsvollstreckungsverfahrens (Willenbücher, Das Kostenfestsetzungsverfahren S. 3 und 4), kann daher ohne Nachweis der geschehenen Urteilszustellung oder der im Urteil angeordneten Sicherheitsleistung (Seuffert's Arch. Bd. 40 No. 245) erfolgen.

[3] Entsch. des Reichsgerichts Bd. 9 S. 374.

[4] Struckmann-Koch, Anm. 1 zu § 868; Entsch. des Reichsgerichts Bd. 19 S. 406.

Urteile, die lediglich den Kostenpunkt betreffen, sind bekanntlich — ausgenommen jedoch der Fall des Versäumnisurteils[1] — gemäss § 94 C.P.O. sofort mit der Verkündung rechtskräftig und daher nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären[2]. — Dagegen sind nicht sofort rechtskräftig die Urteile der Oberlandesgerichte, auch wenn die Revisionssumme (§ 508) fehlt, weil § 509 Nr. 1 eine unbedingte Anfechtungsmöglichkeit eröffnet[3].

2. Was dann die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung betrifft, so hat die Civilprozessordnung — und zwar, wie aus der Entstehungsgeschichte erhellt, absichtlich[4] — eine Bestimmung des Inhalts, dass bezüglich der Prozesskosten die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht angeordnet werden dürfe, nicht aufgenommen.

Um aber festzustellen, in welchen Fällen der Kostenentscheidung die vorläufige Vollstreckbarkeit zukomme, ist es notwendig, das innere Korrelatverhältnis, in welchem die Entscheidung im Kostenpunkt zu derjenigen in der Hauptsache steht, hier zum Gegenstand der Erörterung zu machen.

Dieses Verhältnis ist in der Plenarentscheidung des Reichsgerichts vom 18. Oktober 1883[5] dahin gekennzeichnet, dass die Prozesskosten jeder eigenen Selbständigkeit entbehren, dass der Kostenpunkt der Hauptsache gegenüber unselbständig und innerlich abhängig sei.

Die einzelnen Momente, worin dieses Abhängigkeitsverhältnis sich äussert, sind folgende:

Die Pflicht zur Tragung der Prozesskosten ist nach der Civilprozessordnung eine Folge des Unterliegens im Rechtsstreit[6]; bei

[1] Entsch. des Reichsgerichts Bd. 13 S. 327.

[2] Gaupp, Bem. I zu § 648; Struckmann-Koch, Note 8 zu § 648; Wilmowski-Levy, Note 2 zu § 648, Note 8 zu § 649.

[3] Entsch. des Reichsgerichts Bd. 6 S. 382, Bd. 8 S. 356; Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 509; Gaupp, Bem. I, 2 zu § 645; Planck II S. 529.

[4] Den prinzipiellen Ausschluss der Kosten von der vorläufigen Vollstreckbarkeit sanktionierten, nach dem Vorbild des Art. 137 des code de prov. civ., die Hann. P.O. § 409 Abs. 3, die Württ. § 684 Abs. 4. Die norddeutsche Kommission verwarf den Ausschluss, weil namentlich in Versäumnisfällen zu nutzloser Belästigung der Parteien führend (Nordd. Protokoll S. 2100); s. Seuffert's Kommentar zu § 648 Anm. 3a; Gaupp Bd. 2 S. 301 Anm. 7.

[5] Entsch. des Reichsgerichts Bd. 10 S. 310, 312. — Ausnahmefall s. unten III 4b.

[6] Motive zu §§ 85—97 (Hahn S. 197).

Berechnung des Streitwerts kommen die Kosten regelmässig nicht in Betracht[1]; die Kostenentscheidung ist nicht selbständig mit Rechtsmitteln anfechtbar (§ 94), dagegen ergreift das in der Hauptsache eingelegte Rechtsmittel auch den Kostenpunkt[2]; über die Kostenerstattungspflicht kann nur in demjenigen Rechtsstreit, in welchem die Kosten entstanden sind, nicht in einem neuen Prozess entschieden werden[3]; bei einer Berichtigung des Urteils in der Hauptsache (§ 290) kann auch die Kostenentscheidung entsprechend abgeändert werden[4].

Wenn Seuffert[5] den Kostenanspruch des obsiegenden Klägers als accessorischen, denjenigen des Beklagten (im Fall der Klagabweisung) als selbständigen Anspruch bezeichnet, so ist dies insofern ganz richtig, als eben letzterem kein prinzipaler Anspruch zur Seite steht und deshalb von einem accessorischen Anspruch im Sinne des Civilrechts nicht die Rede sein kann. Allein das eigentümliche prozessuale Abhängigkeitsverhältnis ist im Fall der Klagabweisung kein anderes, als bei der Verurteilung, die Kostenentscheidung ist in jenem Falle im Verhältnis zur Hauptentscheidung genau ebenso unselbständig, wie in diesem.

Aus dem erwähnten Abhängigkeitsverhältnis ergiebt sich für die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung folgendes:

a) Ist die vorläufige Vollstreckbarkeit durch das Gesetz gewissen Urteilen versagt (§ 644 Abs. 2), so trifft — wie unbestritten ist — das Verbot auch den Kostenpunkt. Hervorzuheben ist aber, dass die Versagung der vorläufigen Vollstreckbarkeit auch stillschweigend erfolgen kann, nämlich durch die Vorschrift, dass die bestimmungsgemässe Wirkung des Urteils erst mit der Rechtskraft eintreten soll, so insbesondere im Fall des § 779 (s. oben S. 45)[6].

---

[1] § 4 C.P.O.; § 9 G.K.G.

[2] Entsch. des Reichsgerichts Bd. 10 S. 310ff.

[3] Ebendas. Bd. 22 S. 421.

[4] Seuffert's Arch. Bd. 45 No. 51.

[5] Kommentar Anm. 3a und b zu § 648.

[6] Vgl. auch Entsch. des Reichsgerichts Bd. 25 S. 426 (die vom Gericht erster Instanz angeordnete vorläufige Vollstreckbarkeit wurde vom Berufungsgericht aufgehoben, weil die Versicherungssumme, zu deren Leistung die Gesellschaft verurteilt wurde, nach den Statuten erst einen Monat nach eingetretener Rechtskraft auszuzahlen war, und die Revision gegen diese Entscheidung zurückgewiesen.

b) Ist zur Hauptsache die vorläufige Vollstreckbarkeit angeordnet, was nach dem oben S. 19 Ausgeführten nur beim Leistungsurteil vorkommen kann, so nimmt — wie gleichfalls allgemein anerkannt wird — die Verfügung im Kostenpunkt als Accessorium der Hauptentscheidung an der vorläufigen Vollstreckbarkeit ipso jure Teil, ohne dass es einer ausdrücklichen Erstreckung der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf die Kosten bedürfte[1].

Es kommt hiebei eine selbständige, d. h. von der Entscheidung in der Hauptsache abweichende, Regelung der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung nicht in Frage; die letztere kann daher z. B. nicht gemäss § 650 für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, wenn die Voraussetzungen dieses Paragraphen bezüglich der Hauptsache nicht gegeben sind[2]; wo der Streitwert der Hauptsache 300 Mk. übersteigt, kann nicht die Kostenentscheidung für sich auf Grund des § 649 Nr. 4 für vorläufig vollstreckbar erklärt werden; die Verfügung im Kostenpunkt ist in allen Fällen, wo bezüglich der Hauptsache die vorläufige Vollstreckbarkeit angeordnet ist, auch wenn die Kosten 300 Mk. übersteigen, vorläufig vollstreckbar.

c) Andrerseits aber ist die unabweisliche Folge jenes Abhängigkeitsverhältnisses, dass eine vorläufige Vollstreckbarkeit der Kosten da nicht stattfindet, wo in der Hauptsache eine solche nicht vorliegt. Sobald man nämlich die Richtigkeit vorstehender Sätze (litt. a und b) zugiebt, sobald man insbesondere anerkennt, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit des Kostenanspruchs lediglich die unmittelbare Rechtsfolge der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Hauptentscheidung ist, so lässt sich die dieser Positive entsprechende Negative nicht zurückweisen. Daher zieht z. B. die Anwendung des § 651 in der Hauptsache auch die Nichtvollstreckbarkeit der Kosten nach sich. Ebenso ist aber die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung ausgeschlossen, wenn in der Hauptsache wegen mangelnder Vollstreckungsfähigkeit des Urteils die vorläufige Vollstreckbarkeit ausgeschlossen ist[3]; mit andern Worten: die vorläufige Vollstreckbarkeit

---

[1] Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 648.

[2] Das Entsprechende gilt für § 651.

[3] Vgl. oben § 7.

der Kosten findet nur dann statt, wenn in der Hauptsache ein Leistungsurteil vorliegt. (Vgl. Zusatz 2.)

Wollte man aber ein so weit gehendes Abhängigkeitsverhältnis der Kostenentscheidung verneinen und etwa mit Seuffert den Kostenanspruch des obsiegenden Beklagten als selbständigen Anspruch gelten lassen, so müsste man, um die vorläufige Vollstreckbarkeit des Kostenpunkts in klagabweisenden Urteilen zu retten, eine Bestimmung der Civilprozessordnung anzuführen in der Lage sein, welche es ermöglichen würde, die Kostenentscheidung für sich, d. h. als selbständigen Bestandteil des Urteils, für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Eine solche Bestimmung ist aber in der Civilprozessordnung nicht enthalten. Denn die Nr. 4 des § 649, welche allein in Betracht kommen könnte, bezieht sich, obwohl der Kostenanspruch als „vermögensrechtlicher Anspruch" sich darstellt[1], auf denselben zweifellos nicht[2]; wäre letzteres der Fall, so hätte man eine vorläufige Vollstreckbarkeit der klagabweisenden Urteile im Kostenpunkt überall, wo die Höhe der Kosten 300 Mk. nicht überstiege, wobei sich in zahlreichen Prozessen eine, vom Gesetze nicht gewollte, Verhandlung über die Höhe der Kosten nicht vermeiden liesse[3].

Wenn öfters Wendungen sich finden, wie: es könne der Prozesskosten halber auch ein in der Hauptsache der Zwangsvollstreckung nicht unterliegendes Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, so ist eine solche Ausdehnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit auf die nichtvollstreckungsfähige Hauptsache jedenfalls formell inkorrekt (s. oben S. 20). Ueberdies stellt jene Konstruktion das Verhältnis von Kostenentscheidung und Entscheidung in der Hauptsache auf den Kopf, indem sie die rechtliche Qualifikation der ersteren für die letztere massgebend sein lässt.

---

[1] Hallbauer a. a. O. S. 15; Planck II S. 641.

[2] Just a. a. O. S. 133—134; derselbe weist zutreffend auf die Gleichstellung der „andern vermögensrechtlichen Ansprüche" mit den in den Nr. 1 bis 3 des § 649 genannten Streitigkeiten, sowie die in Nr. 4 cit. enthaltene Bezugnahme auf § 4 C.P.O. hin.

[3] Hallbauer S. 27—30.

II. Die einzelnen Bestimmungen der Civilprozessordnung.

Dass nun die Civilprozessordnung für die Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit Vollstreckungsfähigkeit des Urteils in der Hauptsache stillschweigend voraussetzt, wird durch folgende Momente bestätigt:

a) Die Vorschriften des § 648 Nrn. 1 und 6 liessen sich ohne diese Annahme nur mit einer unbegreiflichen Nachlässigkeit des Gesetzgebers erklären[1], der es versäumt hätte, die auf Verzicht ergehenden (§ 277) und die eine Alimentenklage abweisenden Urteile hier zu erwähnen[2].

b) Dasselbe träfe zu für § 649 Nr. 4; denn dass sich diese Vorschrift nur auf — in der Hauptsache kondemnatorische Erkenntnisse bezieht, kann, wenn man zugibt, dass der Kostenerstattungsanspruch zu den daselbst erwähnten „anderen vermögensrechtlichen Ansprüchen“ nicht gehört (oben S. 94 zu Note 2), dem klaren Wortlaut nach nicht bestritten werden. (Gemeint sind auch hier nur Leistungsurteile.)

c) Da vorauszusetzen ist, dass das Gesetz für alle Fälle der §§ 648 und 649 von denselben Grundgedanken ausgeht, so muss eine mit den unzweifelhaften Bestimmungen der eben (unter a und b) erwähnten Stellen übereinstimmende beschränkende Interpretation der ihrem Wortlaut nach weniger präzisen übrigen Vorschriften umsomehr gestattet sein, als für eine derjenigen Bestimmungen, welche die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht auf verurteilende Sentenzen einzuschränken scheint, aus der ratio legis und den Motiven die Notwendigkeit einer solchen Auslegung sich mit Sicherheit erweisen lässt, nämlich für die in § 648 Nr. 4 genannten Urteile im Urkunden- und Wechselprozess.

Die hier erwähnte Prozessart ist im Interesse des Klägers eingeführt. Ihm soll, wenn er im Besitz eines durch Urkunden liquid gestellten Anspruchs ist, schleunige Rechtshilfe und „Schutz gegen die Gefahr unzuträglich verzögerter Realisierung infolge

---

[1] So in der That: Planck, Lehrbuch Bd. 1 S. 303 Anm. 12.

[2] Bezüglich des § 648 Nr. 1 hoben Struckmann-Koch (5. Aufl., Anm. 10 zu § 231, Anm. 2 zu § 648) mit Recht hervor, dass die Vorschrift da nicht Anwendung findet, wo die Anerkennung auf erhobene Feststellungsklage erfolgt; in der 6. Auflage ist diese Ansicht mit der gegenteiligen vertauscht.

des Gebrauchs langwieriger Verteidigungsmittel des Beklagten gewährt“ werden. Zur Erreichung dieses legislativen Zwecks ist eine materiell verkürzte Defension des Beklagten eingeführt[1], und die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils wird von den Motiven[2] als durch den Zweck des Verfahrens bedingt bezeichnet. Dass dies nur für die Verurteilung[3] passt, ist klar; irgend ein gesetzgeberischer Grund, den den Urkundenprozess wählenden Kläger für den Fall der Abweisung durch die von amtswegen anzuordnende vorläufige Vollstreckbarkeit ungünstiger zu stellen, als beim Unterliegen im ordentlichen Verfahren, lässt sich nicht denken[4]. — Hieraus erhellt,

d) dass der Wortlaut des Gesetzes für die Interpretation der §§ 648, 649 nicht ausschliesslich massgebend sein kann, und was die Nrn. 1—3 des § 649 betrifft, so ist die hier vertretene Interpretation umsomehr geboten, als nicht anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber für einen Teil der in § 649 erwähnten, auch im § 23 G.V.G. übereinstimmend behandelten Fälle eine verschiedene Regelung der vorläufigen Vollstreckbarkeit habe anordnen wollen[5].

e) Dass die in § 648 Nr. 5 erwähnten Urteile nach dem Recht der Civilprozessordnung in der Hauptsache als vollstreckungsfähig anzusehen sind, ist oben S. 20 ff. ausgeführt worden.

f) Hinsichtlich der noch übrig bleibenden Nrn. 2 und 3 des § 648 mag zugegeben werden, dass hier manches für die vorläufige Vollstreckbarkeit des Kostenanspruchs des Beklagten sprechen

---

[1] Motive S. 344 (Hahn S. 387).

[2] Die Verurteilung ist hier stets (§ 555) Verurteilung zur Leistung.

[3] Motive: S. 396/397 (Hahn S. 428). — Vgl. Motive S. 353: das verurteilende Erkenntnis habe, weil es im Urkundenprozess ergangen sei, in der vorläufigen Vollstreckbarkeit eine besondere materielle Wirkung; S. 354: das unter Vorbehalt der Rechte ergangene Urteil sei insofern Endurteil, als es kraft des Gesetzes für vorläufig vollstreckbar zu erklären sei.

[4] Merkwürdigerweise pflegen denn auch die Kommentare zu §§ 555 ff. hervorzuheben, dass die kondemnierenden Urteile im Urkunden- und Wechselprozess von amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären seien.

[5] Beachtenswert ist hierbei, dass Feststellungsklagen bezüglich der in § 23 Ziff. 2 Abs. 2 und § 649 Nr. 1 genannten Streitigkeiten, falls der Streitwert 300 Mk. übersteigt, nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören, woraus bei der Kongruenz beider Gesetzesbestimmungen zu entnehmen ist, dass auch in § 649 Nr. 1 nur an eine Verurteilung zur Leistung gedacht ist.

würde — ebenso wie bei dem in Nr. 1 eod. nicht erwähnten Falle des Verzichts —; allein das Bedürfnis einer einheitlichen Auslegung des Gesetzes lässt eine Abweichung von derselben ohne besondere Gründe nicht als gerechtfertigt erscheinen.

g) Von erheblichem Gewicht ist ferner der Umstand, dass in § 655 Abs. 2, wo die Folgen der Aufhebung oder Abänderung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils geregelt sind, bloss von der Pflicht des Klägers zur Zurückgabe des auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils Geleisteten die Rede ist.

Was schliesslich die von Hallbauer und Auerbach ausführlich gewürdigte Entstehungsgeschichte des Gesetzes betrifft, so ist hier nur so viel hervorzuheben, dass sie nicht den geringsten Anhaltspunkt zu der Annahme bietet, das Gesetz habe da, wo es die vorläufige Vollstreckbarkeit nur den verurteilenden Erkenntnissen beilegt (§§ 648 Nrn. 1 u. 6, 649 Nr. 4), etwas von den übrigen Bestimmungen Abweichendes festsetzen wollen.

Der Einwurf, dass mit der hier vertretenen Auslegung die zulässigen Grenzen der Interpretation überschritten werden, dürfte wohl nicht zu befürchten sein, da ja nur der dem Gesetze immanente Grundgedanke dem Buchstaben desselben gegenüber zur Geltung gebracht wird[1].

III. Konsequenzen.

Ist es richtig, dass die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung nur auf diejenige der Hauptentscheidung sich stützen, dass dagegen eine nicht-vorläufig-vollstreckbare Hauptentscheidung die Grundlage zu jener nicht abgeben kann, so mangelt es für jene an den nötigen Voraussetzungen, wenn die Entscheidung in der Hauptsache nur teilweise vorläufig vollstreckbar ist. Würde im letzteren Fall an sich ebensoviel für die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung sprechen, so muss doch der allgemeine Grundsatz, dass im Zweifel die den Schuldner weniger beschwerende Anwendung des Gesetzes geboten ist, auch hier den Ausschlag geben[2].

[1] Wach, Handbuch §§ 21 und 22, besonders S. 257 f. (Ziff. 2) S. 273 ff.

[2] Die Anwendung dieses Satzes, dessen Geltung für den Civilprozess

Hieraus folgt:

1. Ist beim völligen, die Anwendung des § 87 rechtfertigenden Obsieg des Klägers die Entscheidung in der Hauptsache zum einen Teil vorläufig vollstreckbares Leistungsurteil, zum andern Teil nicht-vorläufig-vollstreckbares Leistungsurteil oder Feststellungsurteil oder Abweisung der erhobenen Widerklage, so tritt eine vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung nicht ein[1].

Es wird sich jedoch in Anknüpfung an § 88 Abs. 2 die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung dann rechtfertigen lassen, wenn der nicht-vorläufig-vollstreckbare Teil der Entscheidung in der Hauptsache ein verhältnismässig so geringfügiger ist, dass das Unterliegen im Kostenpunkt doch im wesentlichen als Folge des Unterliegens hinsichtlich des vollstreckbaren Teils der Hauptentscheidung angesehen werden kann.

2. Ist der Beklagte teilweise in vorläufig vollstreckbarer Weise verurteilt, teilweise dagegen die Klage abgewiesen und quotenweise Kostenverteilung gemäss § 88 Abs. 1 verfügt[2], so ist die Kostenentscheidung nicht vorläufig vollstreckbar. Dies muss umsomehr angenommen werden, als bei dieser Art der Kostenverteilung sich gar nicht zum Voraus mit Sicherheit übersehen lässt, welche Partei der andern etwas zu ersetzen haben wird[3], und nach der hier vertretenen Ansicht die vorläufige Vollstreckbarkeit doch nur zu Gunsten des Klägers verfügt werden

---

Wach a. a. O. S. 277 leugnet, rechtfertigt sich für diesen speziellen Fall daraus, dass es sich hier um den Zeitpunkt der dem Schuldner obliegenden Erfüllung (nämlich darum, ob diese sofort oder erst nach Eintritt der Rechtskraft zu bewirken ist), also um eine dem Civilrecht verwandte Frage handelt.

[1] Anderer Ansicht die herrschende Meinung (s. oben S. 89).

[2] Wenn die Kosten „gegen einander aufgehoben" sind (§ 88 Abs. 1), kommt eine vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung überhaupt nicht in Frage. — Findet bei teilweiser Klagabweisung § 88 Abs. 2 zu Gunsten des Klägers Anwendung, so unterliegt, falls daneben eine vorläufig vollstreckbare Verurteilung des Beklagten erging, die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung keinem Bedenken. Denn da das teilweise Unterliegen des Klägers in diesem Fall auf die Kosten ohne Einfluss ist, so erscheint allein die Verurteilung für die Kostenfrage, also auch für die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kosten, als massgebend.

[3] Z. B.: Kläger trägt ein Viertel, Beklagter drei Viertel der Kosten. Kläger liquidiert an Auslagen 4 Mk., Beklagter, der seine Zeitversäumnis für

könnte. Der einzige Fall, in welchem bei quotenweiser Kostenverteilung die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung angeordnet werden kann, ist, wenn Beklagter auf die Vor-, Kläger auf die Widerklage je in vorläufig vollstreckbarer Weise verurteilt wird.

3. Für das Anerkenntnisurteil, welches zugleich nach § 89 dem Kläger die Kosten auferlegen würde, wüssten wir die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung nicht zu rechtfertigen[1].

4. Die Civilprozessordnung betrachtet es (§§ 279 Abs. 2, 292) als Regelfall, dass über die Kosten zugleich mit der Hauptsache entschieden wird, und diesen Fall haben wir den obigen Betrachtungen zu Grunde gelegt. Diejenigen Urteile, welche die Kosten allein betreffen, interessieren uns hier nur, soweit sie Versäumnisurteile sind[2].

a) Ist bezüglich der Hauptsache ein Teilurteil vorangegangen, so richtet sich die vorläufige Vollstreckbarkeit des Versäumnisurteils im Kostenpunkt nach derjenigen des vorangegangenen Teilurteils, denn das Auseinanderfallen dieser beiden zusammengehörigen Entscheidungen erscheint als etwas rein Zufälliges.

b) Ist dagegen der Prinzipalanspruch ohne Urteil — durch Erfüllung, Anerkenntnis, Verzicht, Klagzurücknahme — erledigt, und nur noch über die Kosten Streit, so erscheint hier ausnahmsweise der Kostenanspruch als ein selbständiger Anspruch, der in prozessualer wie rechnerischer Beziehung[3] die allein noch entscheidungsbedürftige Hauptsache darstellt. Die Kosten erscheinen alsdann nicht als Nebenforderung im Sinne des § 4 C.P.O., auf welchen § 649 Nr. 4 Bezug nimmt; es besteht daher für diesen Ausnahmefall ein Hindernis für die Anwendung des § 649 Nr. 4 auf die Kostenentscheidung nicht. Demgemäss kann hier das über die Kosten ergehende Versäumnisurteil sowohl gegen den Kläger als gegen den Beklagten für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, wenn der Kostenanspruch 300 Mk. nicht über-

---

mehrere Termine in Anrechnung bringt, 20 Mk. Hier muss Kläger dem Beklagten 2 Mk. herausbezahlen.

[1] Anderer Ansicht Planck II S. 640 Anm. 39.

[2] S. oben S. 91 zu Anm. 1.

[3] § 13 G.K.G.

steigt[1] und der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit dem Gegner ordnungsmässig mitgeteilt[2] war.

IV. Reformvorschlag.

Im Hinblick auf die erheblichen Schwierigkeiten und Zweifel, welche nach dem gegenwärtigen Inhalt des Gesetzes bezüglich der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung bestehen, würde sich eine gesetzliche Regelung dieses Punktes wohl empfehlen. Hiebei könnte es, mit Rücksicht auf die unselbständige Natur der Kostenentscheidung, im allgemeinen dabei belassen werden, dass ihre vorläufige Vollstreckbarkeit nach derjenigen der Hauptentscheidung sich zu richten hat. Dagegen könnte für die in § 648 Nrn. 1—3 genannten Fälle, denen noch § 277 beizufügen wäre, sowie für die zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörigen Rechtsstreitigkeiten jener Grundsatz verlassen und die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung ohne Rücksicht auf den Inhalt der Hauptentscheidung zugelassen werden. Bezüglich der lediglich den Kostenpunkt betreffenden Versäumnisurteile[3] wäre nach Analogie des § 94 die von amtswegen zu verfügende vorläufige Vollstreckbarkeit ganz angemessen.

Hienach würden sich etwa folgende Bestimmungen ergeben, deren Stellung im Gesetz hinter § 650 zu denken wäre:

§ 650a. Der Kostenentscheidung kommt die vorläufige Vollstreckbarkeit von selbst zu, wenn letztere in der Hauptsache verfügt worden ist. Ist die Entscheidung in der Hauptsache nur teilweise für vorläufig vollstreckbar erklärt, so ist die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung nur anzuordnen, wenn der nicht-vorläufig-vollstreckbare Teil der Hauptentscheidung ein verhältnismässig geringfügiger ist[4].

Bei verhältnismässiger Teilung der Kosten (§ 88 Abs. 1) findet die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung nur statt, wenn einer der im Absatz 1 des folgenden Paragraphen bezeichneten Fälle vorliegt oder wenn auf erhobene

[1] Ebenso Seuffert's Arch. Bd. 47 No. 300.
[2] Oben Anhang II.
[3] Oben S. 91 Anm 1 und S. 99 Anm. 2.
[4] Vgl. oben S. 98 unter Ziff. 1 a. E. und Anm. 2.

Widerklage beide Parteien in vorläufig vollstreckbarer Weise verurteilt werden[1].

§ 650b. Ohne Rücksicht auf die Vollstreckbarkeit der Hauptentscheidung ist die im Kostenpunkt getroffene Verfügung in den in § 648 Nrn. 1—3 und § 277 bezeichneten Fällen von amtswegen, bei den zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörigen Streitigkeiten (§ 23 G.V.G.) auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Die lediglich den Kostenpunkt betreffenden Versäumnisurteile sind von amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

[1] Oben S. 99 Ziff. 2.

Zusätze.

Von den in dem Entwurf eines Gesetzes betr. Aenderungen der Civilprozessordnung (Berlin, Guttentag, 1897) beabsichtigten Aenderungen des bisherigen Rechts wären folgende zu erwähnen:

1. Zu S. 8 und S. 46 der Abhandlung:

Durch den neuen § 779a, wodurch der bisherige § 658 in Wegfall gebracht werden soll und worin bestimmt wird, dass die vorläufig vollstreckbare Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch oder in das Schiffsregister erfolgen soll, der Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs gleichsteht, wird noch deutlicher ins Licht gerückt, dass hiebei keine Vollstreckung des Urteils, sondern eine an das nichtrechtskräftige Urteil angeschlossene Sicherstellung des Anspruchs (Begründung S. 158 oben) in Frage steht. Unseres Erachtens sind die Formen der vorläufigen Vollstreckbarkeit überflüssig. Weshalb, fragt man sich, soll ein solcher Eintrag bei bewiesenem Recht zutreffendenfalls (§ 650) von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden, während dieselbe Eintragung im Weg der einstweiligen Verfügung (G.B.G. § 885) bei nur glaubhaft gemachtem Anspruch ohne Sicherheitsleistung erfolgt? (Man sieht auch hier, wie die falsche Würdigung des nichtrechtskräftigen Urteils, s. oben S. 17 Anm. 3, ihre Folgen hat.) — Abänderungsvorschlag zu § 779a: es wäre, etwa in einem Abs. 3 des § 779 zu bestimmen, dass, wenn der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch oder das Schiffsregister erfolgen soll, verurteilt ist, die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs auch vor Eintritt der Rechtskraft zulässig ist.

Eventuell: es möge in einer Ziff. 5 des § 649 in den hier bezeichneten Fällen die vorläufige Vollstreckbarkeit ohne Sicherheitsleistung auf Antrag des Klägers zugelassen werden.

2. Zu S. 16ff. vgl. mit S. 94 oben.

Es soll in § 644 Abs. 2 eine Bestimmung dahin aufgenommen werden, dass, ausser den Urteilen in Ehesachen, auch diejenigen in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstand haben, nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden dürfen. Diese Bestimmung wäre gänzlich überflüssig. Wenigstens kann Verfasser keine Entscheidung im Sinne des § 592a des Entw. finden, die zu einer Zwangsvollstreckung führen könnte. Dies gilt insbesondere auch von der Klage auf Feststellung der elterlichen Gewalt. Die Zurückführung eines flüchtigen Kindes wird wohl nicht im Prozessverfahren geltend zu machen sein (der I. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs hatte in § 1505 Abs. 2 zu diesem Zweck polizeiliche Hilfe vorgesehen; dieser Abs. 2 ist in dem entsprechenden Paragraphen des Gesetzes [1632] in Wegfall gebracht). — Daher wäre der beantragte Zusatz zu streichen.

3. Zu § 7 der Abhandlung (S. 54ff.): Leistungsurteil.

Die in dem § 231a vorgeschlagene überaus weitgehende Durchbrechung des Satzes, dass die Leistungsklage Fälligkeit des Anspruchs voraussetze, insbesondere die Zulassung der Leistungsklage für jede, von einer Gegenleistung nicht abhängige Geldforderung mit bestimmtem Kalendertag, erscheint als höchst gewagtes Experiment, vor dem dringend zu warnen ist. Die neue Gestaltung würde voraussichtlich, sobald ein Vermögensverfall des Schuldners in Aussicht steht, den ganzen Strom der Gläubiger vorzeitig entfesseln und schon dadurch zu einer sehr unliebsamen Zunahme der Prozesse, überdies aber im allgemeinen zu einer unnötigen Beunruhigung und Belästigung des Schuldners führen. Jeder Wechselgläubiger sollte das Recht haben, den Wechsel sofort einzuklagen und der Schuldner sich dies gefallen lassen müssen?!! — § 231a, der neben § 231c überflüssig ist, muss unbedingt gestrichen und in § 231c die Verweigerung der Erfüllung zum Voraus als Klagveranlassung angeführt werden.

(Neuestens haben sich in ähnlichem Sinn geäussert: Jastrow und Wach in der deutschen Juristenzeitung 1898 S. 32 und 66. Wach will bei dieser Gelegenheit den Grundsatz der Vollstreckbarkeit der Feststellungsurteile im Gesetz durch „deklaratorische Bestimmung" ausgesprochen wissen, welchem Vorschlag zu widersprechen ist.)

4. Zu S. 55 Anm. 3.

Durch die Fassung des § 231b wird die Kontroverse nicht gelöst, ob die Geltendmachung der künftig fällig werdenden Beträge nur in Verbindung mit wenigstens einer bereits fälligen Rate erfolgen kann. Unseres Erachtens wäre letzteres als Voraussetzung der Klage zu fordern.

5. Zu S. 74 der Abhandlung: Vollstreckungsurteil.

Die Novelle will in § 661 Abs. 2, vgl. mit § 293f., den Grundsatz der Gegenseitigkeit nicht nur für das Vollstreckungsurteil festhalten, sondern denselben sogar auf die Anerkennung der Rechtskraft ausländischer Urteile, mit einigen bestimmten Ausnahmen, namentlich für Statussachen, ausdehnen, also eine Reform gerade im gegenteiligen Sinn der obigen Vorschläge S. 74, vornehmen. Es wäre unseres Erachtens bedauerlich, wenn dieser Vorschlag durchdränge. Er enthielte gegenüber der bisherigen Gesetzgebung einen Rückschritt deshalb, weil wie oben gezeigt worden ist, nach richtiger Auslegung des bestehenden Gesetzes der Grundsatz der Reziprozität für die Anerkennung ausländischer Urteile nicht gilt und auch nicht wünschenswert ist (s. bes. S. 74 Anm. 1). Welches Interesse hat z. B. das deutsche Reich daran, dass zwei Ausländer, etwa Franzosen, deren Rechtsverhältnisse im Ausland rechtskräftig geregelt sind, in Deutschland dieselbe Sache vor das Gericht bringen dürfen? — Ein Deutscher, der gegen einen Franzosen in Frankreich ein obsiegliches Urteil erwirkt hat, könnte in Zukunft gegen eine neue Klage desselben Gegners in Deutschland die Kompensationseinrede nicht ohne neuen Prozess durchführen. (Das Gegenseitigkeitsprinzip hat eben seine zwei Seiten.)

6. Zu Anhang I S. 77 Anm. 2 a. E.

§ 655 Abs. 2 soll dahin abgeändert werden, dass in demselben Rechtsstreit der Kläger zum Ersatz des Schadens, der durch die Vollstreckung des vorläufig vollstreckbaren Urteils dem Beklagten erwachsen ist, ohne Rücksicht auf die Schuldfrage verurteilt werden kann. (Derselbe Grundsatz für die Vorbehaltsurteile in § 274 Abs. 4, § 563, und für Arreste und einstweilige Verfügungen in § 822a des Entw.) Diese Haftung des Klägers erscheint uns nicht unbedenklich (so auch Wach, Deutsche Juristenzeitung 1898 S. 66, 67) und wird von Staub das. S. 58ff. energisch bekämpft. — Was aber jedenfalls dringend notthut, wäre eine authentische Interpretation des § 801 Abs. 2 C.P.O. dahin, dass die von dem Arrestkläger geleistete Sicherheit für jeden Schaden haftet (vgl. Th. Pfizer in Ztschr. f. C.-P. Bd. 13 S. 304ff.).

Berichtigungen.

S. 22 Z. 1 v. o. statt: Reichsgesetzes — Reichsgerichts.
S. 26 Z. 14 v. o. statt: Instanzengericht — Instanzgericht.
S. 28 Z. 16 v. o. statt: in Sachen — im Sinne.
S. 31 Z. 13 v. o. statt: vollstreckungsfähige — vollstreckungsunfähige.
S. 49 Z. 19 v. o. statt: Sein oder Leistungspflicht — Sein der Leistungspflicht.
S. 52 Z. 1 u. 2 v. u. im Texte lies: in der Verschiedenheit der richterlichen Willensrichtung[4] in Absicht auf die Konstituierung der Exekutionsbefugnis.
S. 60 Anm. 3 Z. 3 v. u. statt: soulement — seulement.
S. 62 Z. 13 v. o. statt: Ziff. 2 — Ziff. II.
S. 67 Z. 3 v. u. statt: Vollstreckungssurogat — Vollstreckungssurrogat.
S. 74 Z. 11 v. u. statt: Zuzatz — Zusatz.
S. 104 Z. 12 v. o. statt: Klage — Leistungsklage.